

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI SUR LA NOTION
DE LA
RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

CONSIDÉRÉ COMME PUISSANCE PUBLIQUE
ET NOTAMMENT DANS L'EXERCICE DU POUVOIR LÉGISLATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 15 Mars 1909, à 4 heures.

PAR

PIERRE LE ROUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LARNAUDE, professeur.
Suffragants } MM. CHAVEGRIN, professeur.
LESEUR, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI SUR LA NOTION
DE LA
RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT
CONSIDÉRÉ COMME PUISSANCE PUBLIQUE
ET NOTAMMENT DANS L'EXERCICE DU POUVOIR LÉGISLATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Lundi 15 Mars 1909, à 4 heures.

PAR

PIERRE LE ROUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS



Président : M. LARNAUDE, professeur.
Suffragants { MM. CHAVEGRIN, professeur.
LESEUR, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

On est frappé de l'abandon dans lequel, jusqu'à ces dernières années, les législateurs et les auteurs, en France, ont laissé l'importante question de la responsabilité de l'Etat. En Belgique, au contraire, en Allemagne, en Suisse, en Italie, de nombreuses monographies ont été écrites, et des congrès de juristes allemands de 1861 à 1871, et suisses en 1888, ont traité ce sujet.

Les efforts faits depuis quelque temps chez nous se sont heurtés à ce qui semble être un défaut de principes, de telle sorte que les actions, chaque jour plus nombreuses, en raison de l'augmentation des charges et des fonctions de l'Etat, ont reçu des solutions hésitantes, parfois différentes les unes des autres.

Il aurait fallu s'appliquer à dégager avant tout ce qu'est l'Etat, quelle est sa nature ; le grand tort a été, à notre avis, qu'on ne s'est occupé que de la question de compétence. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir quel tribunal pourra déclarer l'Etat débiteur ; il faut d'abord savoir si l'Etat peut être déclaré tel, dans quel cas et dans quelle mesure. En un mot, ce qu'il

faut, c'est reconnaître, c'est apprécier la responsabilité de l'Etat.

M. Teissier a publié en 1906 un très remarquable ouvrage — que nous aurons l'occasion de citer plusieurs fois — sur la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique. Nous n'y avons pas trouvé dégagée la notion ferme que nous y cherchions : c'est plutôt un ensemble d'espèces classées et raisonnées qu'une argumentation juridique d'un principe que l'auteur n'aborde pas. Il se dégage pourtant de ce livre un intérêt puissant qui nous a, pour ainsi dire, et en même temps que les articles si curieux, si savants de M. Michoud, guidé dans notre travail. Nous remercierons ces maîtres d'autant plus, si nous sommes certain, un jour, d'avoir fait œuvre utile.

Paris, mai 1908.

INTRODUCTION

1. — *La définition de l' « Etat »*

Définir l' « Etat », le reconnaître, en déterminer les qualités, et par suite les droits et les obligations, n'est pas chose facile. De nos jours, en effet, les auteurs ne sont pas absolument d'accord — tant s'en faut — sur ce sujet; et nous nous trouvons en présence de deux théories types :

Un écrivain moderne donne de l'Etat la définition suivante, qui semble contenir assez parfaitement chacun des éléments de l'Etat :

« L'Etat, dit Combothecra (1), est une collectivité
« d'êtres humains établis pour une certaine durée
« dans un territoire déterminé avec des ressources
« (capital ou budgets) plus ou moins importantes,
« unis volontairement en activité coopérative cons-
« tante, sous une direction médiate ou immédiate
« (gouvernement), en vue d'un but multiple, et sou-
« tenus contre les récalcitrants du dedans le mieux
« du monde, conformément à la volonté de leur

1. Combothecra, *La conception juridique de l'Etat*, p. 161. Paris, Larose, 1899.

« ensemble (volonté générale) par une forme suprême
« matérielle émergeant de leur milieu, et les rendant
« en tout capables de droits et d'obligations, et qui
« n'est, vis-à-vis du dehors, qu'une simple entité
« plus ou moins puissante. »

Depuis quelques années, il semble qu'on s'efforce d'opposer à l'Etat envisagé en lui-même, le *régime d'Etat* considéré par rapport aux éléments sociaux internes. Ce qui a fait dire: « L'Etat est une unité
« politique abstraite, incarnation de l'intérêt général
« du groupe (1). C'est une société ayant engendré
« elle-même une chose publique, c'est-à-dire un système de situations stables garantissant la liberté
« et s'y conformant par la souveraineté ». Le régime d'Etat, c'est « la participation des libertés particulières et de la souveraineté en vue de la réalisation
« de la chose publique, c'est-à-dire dans des fins
« d'égalité individuelle (2). »

Ces définitions ont, ainsi qu'on l'a fait remarquer, un avantage certain, celui d'avoir dégagé la double acception dans laquelle peut être pris le mot *Etat* pour désigner tantôt l'Etat souverain, puissance publique, sujet de la communauté internationale et personne juridique, tantôt une certaine manière d'être des rapports sociaux ; celui aussi d'être profondément, essentiellement évolutionniste et d'avoir affirmé que l'Etat est une formation sociale historique,

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*. 1897, p. 12.

2. *Id.*, 1900, p. 6, 8 et 22.

qui ne peut se constituer qu'à un certain moment du développement social et dans certaines conditions. Si bien que la notion de l'Etat moderne diffère tout à fait de la tribu pastorale ou de l'organisation féodale.

Mais je ne pense pas que, malgré leurs qualités, ces théories soient préférables aux théories antérieures, classiques, traditionnelles, celles qui envisagent l'Etat comme « le sujet et le support de l'autorité publique » et qui voient en lui « la personnification juridique de la nation » (1). Cette personne morale personnifiant la nation entière se confond avec la souveraineté qui est sa qualité essentielle. L'Etat est persistant, perpétuel, immuable, identique toujours à lui-même tant que subsiste la nation (2), tandis que la *forme de l'Etat* est essentiellement variable (3).

Le droit ancien n'était pas arrivé à dégager l'unité et la personnalité de l'Etat en droit public : la législation romaine notamment n'admettait d'autre personnalité que celle du fisc pour en faire une personne juridique, un sujet de droits privés capable d'avoir

1. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 1906, 4^e édit., p. 1.

2. Les traités conclus avec des puissances étrangères au nom de l'Etat, les lois régulièrement édictées et promulguées au nom de l'Etat, les obligations pécuniaires contractées au nom de l'Etat subsistent et restent obligatoires alors même que disparaît la forme de l'Etat qui a agi.

3. Le Fur, *Etat fédéral et Confédération d'Etats*. Paris, 1896 ; Pillet et Delpech, « La question finlandaise », *Revue générale de droit international public*, mai-juin 1900.

un patrimoine et d'accomplir les divers actes relatifs à ce patrimoine.

Ces notions ont changé : le droit moderne considère l'Etat comme une personnalité à double face : à certains égards l'Etat est une personne morale du droit privé accomplissant des actes de gestion sur son patrimoine, traitant avec les particuliers par des contrats, exerçant certaines industries, possédant certains biens et soumis, *en principe*, dans ses actes aux règles du droit privé.

Mais à d'autres égards il est un être juridique supérieur possédant des droits éminents auxquels aucun particulier ne peut prétendre et qui ont tous leur source dans le droit de commander aux particuliers ou de s'en faire obéir (1).

Cette dualité de l'Etat est la particularité la plus intéressante de cette personne morale. Autrefois elle pouvait présenter certain danger sérieux puisque suivant que l'Etat admettait ou non d'être « déclaré débiteur », les « agents » étaient déclarés agissants au nom de la personne privée ou de la personne publique ; maintenant, au contraire, nous le verrons, elle facilite une extension considérable de la responsabilité, c'est-à-dire de l'analogie plus ou moins immédiate avec l'être juridique de droit commun, responsable de ses actes.

Il a existé une conception d'après laquelle les

1. Michoud, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, n. 19, p. 32 ; Meyer, *Lebuch der deutschen Staatsrecht*, § 149.

droits de puissance publique n'appartiendraient pas à une personne morale, une, appelée « Etat » mais à un souverain (1).

Cette théorie a toujours été repoussée en France. On a justement fait remarquer, en effet, que si le nom de personnalité morale ou juridique est réservé en général à la personnalité du droit privé, c'est pour rester fidèle au langage traditionnel, et que tout le monde conçoit le droit de souveraineté et ses dérivés comme appartenant à l'Etat, et non aux divers fonctionnaires qui l'exercent en son nom.

Au demeurant il n'y a pas dans l'Etat deux personnes distinctes et indépendantes l'une de l'autre comme certains auteurs ont paru le soutenir, par exemple Rœnne, cité par Gierke (2). C'est à un seul et même être juridique qu'appartiennent et les droits publics qui dépendent de la souveraineté et les droits privés qui sont comme un accessoire indispensable des premiers, ayant pour objet d'en rendre l'exercice publiquement possible.

Les agents mêmes chargés d'exercer ces divers droits ne sont pas toujours distincts et beaucoup d'entre eux ont à accomplir en même temps des actes d'autorité comme agents de l'Etat personne publique, et des actes de gestion comme agents de la personne morale de droit privé.

Et cela tient à ce que les agents sont, nous le ver-

1. Piloty, *Hirth's Annalen*, 1888, p. 263 et suiv.

2. *Die Genossenschaftstheorie*, p. 794, n. 1.

rons plus amplement, dans l'exercice de leurs fonctions, les *organes* de l'Etat. C'est par eux seuls que l'Etat s'exprime ; c'est même par eux seuls qu'il existe. Les gestes de ces organes sont les gestes de l'Etat, ce seront eux et eux seuls qui pourront engager la responsabilité de l'Etat (1).

2. — *L'Etat organisme. Dégagement d'un principe*

Pour nous, en effet, l'Etat est un *organisme*.

Combothecra (2), refutant cette affirmation, rappelle la définition de ce mot : Instrument machinal ou vital (de ὀργανισμός) ou plus « modernement » un être vivant composé de cellules (ὄργανα) dont chacune est douée d'une capacité qui est mise au service du tout. Et ce même auteur repousse les théories d'assimilation de l'Etat à un organisme vital ; réfutant Bluntschli (3) lorsque ce dernier, n'osant pas tout à fait dire que l'Etat est un être humain, affirme que c'est le produit de la volonté et de l'activité humaine et emprunte à son auteur une vie certaine.

Espinas (4) a écrit : « L'assimilation de l'orga-

1. Il me paraît inutile de nous appuyer davantage sur les théories de l'Etat proprement dit. Nous renvoyons pour cela à l'admirable passage de l'ouvrage précité de M. Esmein, p. 26-41, où l'auteur réfute éloquentement la fantaisiste doctrine de M. Duguit. L'essentiel est de dégager l'existence de l'Etat idéale mais juridique, et cela seul suffit pour avoir une base de droits et d'obligations.

2. X.-S. Combothecra, *op. cit.*

3. *Id.*, p. 54.

4. Espinas, « Etudes sociologiques », 3^e article, dans la *Revue philosophique*, 1882, p. 510. •

nisme social à l'organisme individuel est hypothétique ». Quoi qu'il en soit, cette théorie fictive ou réelle a trouvé d'éloquents défenseurs en Gerber (1), Gierke (2) ; ce dernier n'a-t-il pas dit que l'Etat est une unité vivante, résultant de la réunion d'autres unités formant un tout nouveau différent de la somme des parties qui le composent.

Notez que Combothecra admet très bien cette doctrine que l'Etat est une unité aussi réelle et aussi naturelle que l'individu ; mais où il tranche net, et où nous pouvons le suivre, c'est en refusant d'admettre que c'est une unité *spontanée* : c'est au contraire une unité *voulue*. L'Etat ne peut exister que du *vouloir* des individus. « Les hommes qui veulent un Etat veulent ce qui est conforme à leur nature ».

L'Etat est pour ainsi dire composé de cellules qui ont leur activité propre, qu'elles mettent au service de la collectivité ; l'organe central ne peut se mouvoir, exister, que par l'expression de leur activité réglée d'après certaines fins. « Tous ces organes dont l'Etat lui-même, puisque sans eux l'Etat ne saurait, n'agissant pas, exister. C'est la volonté collective qui, de par son autorité, a placé tous ces organes avec des fonctions distinctes mais dans un but commun, par suite elle forme pour ainsi dire une *volonté agissante* composée de sa volonté propre et du mouve-

1. Gerber, *Staatsrecht*, p. 219. Tübingen, 1852.

2. Gierke, *Die Grundbegriffe*.

3. Max Seydel, *Staatslehre*, 1.

ment spécial de tous les organes concomitants en leurs efforts.

Nous ne voulons pas admettre que l'Etat est une personne réelle. Est-ce une fiction, ce quelque chose d'idéal dont on veut faire toutes les personnes morales ? C'est possible. En tout cas, contre l'avis de M. Duguit, c'est une personne civile nécessaire en ce sens que sa notion elle-même s'est imposée au législateur qui l'a affirmée, ou mieux, confirmée (Cf. Savigny-Laurent, *Principe du droit français*, I, n° 366 et s.). L'Etat est une personne civile, parce que son ensemble, son organisme est capable d'expression, de droits et d'actions ainsi que nous le verrons, de *responsabilité*. Cette personne morale, fiction si l'on veut d'un organisme dont toutes les cellules pourtant sont réelles, et dont l'action correspond à l'identification d'une certitude, agit par les *actes administratifs* exécutés par ses agents, ses *organes*.

C'est donc dire que l'Etat n'est ni quelque chose d'absolument réel, au même titre qu'une personne physique, ni pourtant quelque chose de purement idéal, de simple fictivité.

Pour l'école allemande, ainsi que je vous disais

1. Aussi bien la discussion de l'œuvre de M. Combothecra nous entraînerait-elle loin ; elle paraît tellement abstraite ! Nous avouons que malgré nos efforts nous avons été arrêtés par des définitions, telles que : « le maître-sujet + organe de la personne subjective-collective peut s'appeler sociétaires-saisis... ; le maître-sujet + destinataire-destinateur peut s'appeler sociétaires, etc. (p. 75).

plus haut, l'Etat est un être collectif réel, doué comme une personne humaine de la capacité de vouloir. La loi le reconnaît mais ne le crée pas. Il y a une volonté collective très distincte de la volonté des individus ; *elle est*, donc *elle peut* vouloir le bien et le mal et elle peut être responsable directement des actes de ses organes.

Pour nous, nous ne pouvons admettre sans réserve la reconnaissance de cette *personne réelle* qui *peut vouloir* ; pour vouloir il faut être humain et une volonté collective ou particulière n'est pas humaine ; elle n'est qu'une *expression*.

Mais nous ne pensons pas non plus que la personne morale soit quelque chose de purement fictif : justement parce qu'elle est l'expression réelle d'existence réelles, non libre d'aller dans tel sens ou dans tel autre ; elle existe, puisque son tout est composé d'existences réelles, elle existe, puisqu'elle est légale, mais elle n'existe qu'à ce titre : *légalement*. Les éléments réels qui sont à la base de la personne morale sont capables de penser et de vouloir. Leur volonté peut être protégée par la loi. Par suite leur volonté devient un droit. Le droit existe, puisque sans lui la constitution de la personne juridique est impossible. C'est donc que l'Etat est constitué d'éléments réels. Eh oui, je le disais.

L'Etat est un ensemble d'organes réels capables d'agir et de vouloir, dont les actes sont des expressions de l'Etat ; et expressions dirigées dans un certain sens, et sous une certaine action prévue par la

raison d'être de l'Etat, en vue de laquelle il a été constitué. L'homme, personne physique réelle, par suite de sa fonction, devient dans les actes de sa fonction *organe* de l'Etat ; ses gestes sont ceux de l'Etat, puisqu'ils engendrent comme une vie dans le rouage général. Et c'est ce que dit M. Michoud (1) : « l'acte des représentants de l'Etat devient l'acte propre de l'Etat ». C'est l'Etat qui, par l'acte de l'organe, deviendra propriétaire, ou créancier, ou débiteur. La personnalité de l'agent s'efface ; son déplacement cellulaire, ainsi que disait M. Hauriou, dans le tissu de l'Etat, entraîne *proprio motu* la modification de tout le tissu lui-même. La fin certaine, c'est celle prévue et assignée par la loi à la personne morale, dont les organes agissent en vue de cette fin, mais par tous les moyens qui semblent à cette personne morale susceptible d'y contribuer. Les cellules du tissu étatique s'assimilent au milieu donné de la façon qui leur convient le mieux en vue de cette assimilation. Et alors si tous les moyens sont libres on ne peut pas plus, ajoute M. Michoud, écarter les moyens illicites que les moyens malhabiles. Sans cela se serait créer un être privilégié, et cette création serait une fiction tout à fait inutile, même nuisible ; refuge de faveurs indignes d'une conception juridique quelconque.

Donc il faut reconnaître à l'Etat une existence réelle quoique non humaine, mais cependant née

1. *Op. cit.*, p. 448.

d'un ensemble de gestes procédant de personnes physiques groupées innomément, impersonnellement en vue d'un but précis.

Voilà quelle est, à notre sens, l'idée qu'on doit se faire exactement de l'Etat ; et de cette idée procéderont de plus justes et de plus claires notions sur ce qui doit être la responsabilité de l'Etat. Elle sera évidemment directe puisque la responsabilité de l'Etat sera en même temps celle des organes de l'Etat, qui sont, nous le répétons, tout l'Etat lui-même.

Pourtant, à côté des organes de l'Etat il y aura nécessairement les représentants de l'Etat qui lui sont distincts. Mais la distinction existe alors non pour le principe de la responsabilité qui demeure, mais pour la nature même de cette responsabilité qui sera tantôt directe, tantôt indirecte.

Maintenant que voilà posée la notion de l'Etat moderne, personne morale d'une existence juridique réelle, partant capable de responsabilité, il nous faut voir quelle est la nature de cette responsabilité. Est-elle de droit commun, parce que la capacité juridique de cette personne morale est celle du droit civil ? Est-elle simplement d'équité, de justice, sans dépendre d'aucune règle générale ? Est-elle enfin une responsabilité spéciale ?

L'on se rend bien compte que la solution en cette matière dépend de la théorie de l'Etat que l'on adopte. En effet, aux théories que nous avons dégagées correspondent différentes manières de com-

prendre la nature de la responsabilité de l'État, ce sont ces différentes manières qu'il nous faut maintenant examiner, envisageant d'abord l'État dans l'exercice de sa puissance publique administrative, réservant en deuxième partie l'étude de l'État dans l'exercice de ses deux autres fonctions législative et judiciaire.

PREMIÈRE PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS L'EXERCICE DE SON POUVOIR EXÉCUTIF

CHAPITRE PREMIER

SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT. — DÉLÉGATION.

ACTES DU GOUVERNEMENT.

IRRESPONSABILITÉ. — IMMUNITÉ DE LA COURONNE ANGLAISE

L'*Etat*, organisation politique née du groupement des individus et inhérent à leur collectivité, est la représentation absolue des intérêts de cette collectivité. Personne morale réelle, il est délégué dans les pouvoirs de tous ses membres, dans leur puissance.

Or les intérêts de la collectivité sont de deux sortes : *intérêts publics*, lorsqu'il s'agit de mesures dont l'exécution intéresse le bon ordre, les finances, la raison d'être générale de l'Etat, c'est-à-dire de tous les citoyens de l'Etat, socialement groupés ; *intérêts privés*, lorsqu'il s'agit de mesures dont l'exécution intéresse uniquement ce que l'on pourrait appeler « des

biens de réserve », que la collectivité a acquis depuis sa constitution, de la même manière que l'eût fait un simple citoyen ; que l'Etat possède non comme délégué de la collectivité, en vue d'une fin spéciale, mais pour faciliter sa fonction réelle, et comme personne propre.

Suivant qu'il ira des intérêts publics, les principaux, ou des intérêts privés, l'Etat agira comme puissance publique ou comme puissance privée. Il y a là une double action de la même personne morale dont la mesure peut être, en chacune, différente ; ne peut-il, alors, y avoir responsabilité différente ?

On affirme que l'Etat considéré comme puissance publique est, en principe, irresponsable : agissant comme délégué d'une collectivité souveraine, souverain lui-même, ses actes ne sont susceptibles d'aucune vérification, partant d'aucune sanction : Le Roy ne peut mal faire.

D'autre part — et nous y reviendrons — l'Etat considère comme puissance privée — ici le mot puissance est synonyme de personne, car en droit commun toutes puissances sont égales — lorsqu'il s'exerce sur des biens communs acquis de façon banale, doit être analogue absolument à toutes les personnes privées. Il gère comme elles ; les garanties ne peuvent qu'être les mêmes : les biens dont il s'agit peuvent passer du jour au lendemain de ses mains dans celles d'un citoyen et par suite ne pourraient avoir des privilèges spéciaux qui ne passassent à ce citoyen, ce qui est impossible ; enfin les contrats pas-

sés à leur occasion ne peuvent que dépendre du droit commun, à cause de la nature même des biens dont ils s'occupent, et parce que des cocontractants ne peuvent être qu'égaux en droits : sans cela, il y aurait lésion.

Mais voyons d'abord dans quelle mesure peut s'appliquer le principe de souveraineté de l'Etat, qui correspond à l'irresponsabilité absolue de l'Etat considéré comme puissance publique.

L'Etat, avons-nous dit, est *souverain*.

Grotius (1), Loyseau (2), Bodin (3), disaient que la souveraineté est la supériorité dans l'indépendance; c'est « la puissance absolue et perpétuelle d'une république ». « L'Etat, dit Gierke (4), se distingue des autres communautés parce que sa puissance unitive est une force qui n'est limitée d'en haut par aucune force semblable, alors qu'elle est d'en bas au-dessus de toute force pareille ».

Malgré Jellinek (5), il faut affirmer que la souveraineté est un caractère essentiel de l'Etat qui n'est créé et n'est maintenu en vie que par une cohésion solide qui ne peut émaner que de la souveraineté. Mais celle-ci n'est pas l'attribut d'un homme, même admettrait-on qu'elle soit de droit divin. « Le droit de

1. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, I, 3, § 7.

2. Loyseau, *Traité des seigneuries*, II, 6.

3. Bodin, *Les six livres de la République*, I-VIII : I-I.

4. Gierke, *Grundbegriffe*, p. 304.

5. Jellinek, *Die Lehre von den Staatverbindungen*, p. 37-44.
Wien, 1882.

souveraineté nationale, dit Fiore, est de droit divin, mais désigner la personne à laquelle doit être confié l'exercice de ce droit est un droit humain, et en cela Dieu n'entre pour rien » (1). M. Esmein (2), bien qu'il affirme que la souveraineté n'appartient pas à celui qui la possède, tend à prouver, avec raison que la souveraineté est inhérente à l'Etat et ne peut appartenir qu'à lui.

La souveraineté est la condition inhérente, nécessaire, essentielle de l'Etat. Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour affirmer ce principe ; et la souveraineté est une force dominant toute société, bien qu'émanant d'elle-même. Elle n'a pas pour base une convention des individus (il faudrait qu'il y ait un état de nature autre que l'état social) (3).

Mais elle est une force latente qui réside à l'état virtuel dans l'ensemble de la nation, et qui s'en dégage *de plano* au jour même de la cohésion étatique du groupement national.

Nous n'avons pas à rappeler les différentes doctrines de l'origine théorique de la souveraineté ou de

1. Fiore, p. 105.

2. *Loc. cit.*, p. 171.

3. C'est ce qu'ont enseigné Hobbes (*Ledéviathan*, 1651. V. aussi Hobbes par Croone Robertson. Londres, 1880) et Jean-Jacques Rousseau (*Le contrat social*, 1762. Celui-ci se complète pour qui veut étudier les œuvres politiques de Rousseau, par les extraits des ouvrages de l'Abbé de Saint-Pierre : *Projet de paix perpétuelle*, *Polysynodie*, *Jugement sur la polysynodie*, 1756). V. aussi sur Rousseau, Hobbes et Spinoza le *Dictionnaire des sciences philosophiques* au mot « Etat », n. 2.

son développement historique. De quelque manière qu'on les envisage, la souveraineté renferme des éléments qui se trouvent partout parce qu'ils sont inhérents à sa nature. Les différentes espèces de droits qui en dérivent s'appelaient autrefois *droits régaliens* parce que le roi les possédait tous, étant « le souverain ». Mais aujourd'hui que le suffrage universel est un droit, la souveraineté, ou du moins son exercice, ne peut être considérée que comme une délégation des suffragants — ce fut la théorie consacrée en France en 1848 et en 1851 — délégation qui appartient au pouvoir exécutif et qui s'exprime par l'intermédiaire de ses organes par les manifestations des trois pouvoirs administratif, législatif et judiciaire de l'Etat, considéré comme puissance publique.

La souveraineté est au-dessus des sens, au-dessus des tribunaux et des vérifications. Certes il ne faut pas dire qu'il n'y a pas de responsabilité parce qu'il n'y a pas de tribunaux compétents ; pourtant s'il n'y a personne pour déclarer l'Etat débiteur, il y a des chances pour qu'il ne se déclare pas tel lui-même, à moins, et c'est ce qu'on s'efforce de faire de plus en plus, qu'un principe vienne qui ne l'y contraigne.

Mais il faut savoir si tous les actes de l'Etat, dans l'exercice de son pouvoir exécutif, empruntent au caractère de souveraineté de leur auteur, la raison d'une irresponsabilité absolue, ou si au contraire il n'y a pas dans l'exercice de ce pouvoir exécutif des

nuances de politique suffisantes pour faire une distinction.

Tous les actes de l'Etat, agissant à l'exécutif (1) au nom et en représentation de tous, sont des *actes administratifs* entre lesquels il y a une division en plusieurs classes : 1^o ceux par lesquels s'exerce le gouvernement proprement dit, tels que les ordonnances et décrets nécessaires pour l'exécution des lois, les conventions diplomatiques, les règlements généraux d'ordre et de police ; 2^o ceux qui rentrent dans le domaine de l'administration pure ; 3^o enfin ceux qui se rattachent à la législation du domaine de l'Etat.

Quelle est, vis-à-vis de tous ces actes, la mesure de la responsabilité de l'Etat ? C'est ce que nous allons voir. Mais nous pouvons poser dès maintenant qu'à chaque division d'actes correspond une nature de responsabilité :

1^o Pour les premiers, les actes dits de gouvernement, l'irresponsabilité de l'Etat est à peu près absolue, si l'on admet qu'il doit y en avoir ;

2^o Pour les troisièmes, les actes de gestion, la res-

1. Nous ne nous occupons maintenant que du pouvoir exécutif de l'Etat, nous réservant d'analyser dans une seconde partie la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de ses deux autres pouvoirs, législatif et judiciaire. L'action administrative est, en effet, la principale, quoique non supérieure aux deux autres. Il semble que la délégation des deux autres pouvoirs ait surtout été faite pour faciliter et compléter l'exercice du pouvoir exécutif, d'administration. Pourtant il ne faut pas oublier qu'ils sont absolument distincts ; il est donc beaucoup plus logique d'en étudier à part les manifestations.

ponsabilité de l'Etat est absolue et de droit commun ;

3° Pour les seconds enfin, les actes d'administration, la question est très controversée quant à la nature d'une responsabilité dont le principe, aujourd'hui, fait peu de doutes.

Les actes de gouvernement. — Parmi eux nous voudrions d'abord qu'on distinguât des actes de gouvernement proprement dits, les ordonnances, décrets, règlements destinés à compléter les lois ou à en assurer l'exécution. On estime qu'il y a là exercice d'une part de souveraineté déléguée par la puissance législative, et que ces actes souverains qui ont en quelque sorte le caractère et l'autorité des lois ne sont comme celles-ci susceptibles d'aucun recours contentieux. Nous renvoyons — si l'on analogue, la *sous-loi* à la loi elle-même — à ce que nous disons de la responsabilité législative que nous proclamerons (1) ; la loi doit prévoir la réparation du dommage qu'elle cause ; bien entendu, il n'y a à cette obligation aucune constitution, aucun texte originel ; mais justement aucun texte n'autorisant ce dommage pour quelque cause que ce soit, on ne peut l'autoriser de principe. Il en est de la raison d'Etat, de sécurité, de salubrité publique en matière de sous-lois, comme de la raison d'Etat en matière d'actes de gouvernement dont nous parlerons tout à l'heure. L'iniquité, l'arbitraire ne peut s'abriter sous l'appréciation plus ou moins

1. *Supra*, II^e partie, ch. I.

saine d'un ministre d'Etat: il faut, pour qu'elle se justifie, qu'elle ait été prévue par la collectivité, au nom de laquelle on agit.

Et du reste il y a quelque différence entre le décret-loi et la loi elle-même. Le décret-loi peut faire l'objet de l'examen critique en la forme et au fond, de la part de *tous* les tribunaux, au même titre que les actes de gouvernement, parce que c'en est un. Il faut que la délégation ait été faite au chef du pouvoir exécutif; sans cela le décret n'a pas d'autorité législative, et aucune sanction ne lui est attachée; par suite les tribunaux, sans avoir l'ancien droit direct de remontrance, peuvent se refuser à l'appliquer, mais sous certaines conditions (Cons. d'Etat, Cont., 29 nov. 1872-6 janv. 1888).

Quant aux actes de gouvernement, voilà plus de quatre-vingts ans que la question est posée de distinguer nettement l'acte gouvernemental de l'acte administratif; elle n'a jamais reçu de solution satisfaisante. Certes il n'y a pas de difficulté à distinguer parmi les actes gouvernementaux ceux qui ont pour objet de pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, à veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics et aux rapports avec les puissances étrangères. Ce sont là toutes matières, dit M. Bèquet (1), dont le domaine est, en droit public et en droit des gens, assez facile à

1. *Répertoire du droit administratif*, v^o Contentieux administratif, n^o 285.

déterminer et même au sujet desquels on pourrait sans danger étendre au gouvernement la latitude d'action. Mais qu'est-ce, en administration, qu'assurer l'exécution journalière des lois? Qu'est-ce, qu'en gouvernement, pourvoir à la sécurité extérieure et intérieure? Et, comme le fait remarquer le même auteur, si le gouvernement pour pourvoir à la sécurité intérieure supprime l'exécution d'une loi, si, pour pourvoir à la sécurité extérieure, il suspend les rapports des citoyens avec l'administration centrale, accomplira-t-il un acte d'administration ou un acte de gouvernement? En un mot, l'acte arbitraire accompli par le gouvernement dans un intérêt politique est-il un acte de gouvernement, qui puisse être exécuté souverainement comme tout acte de gouvernement, parce que c'est en vertu du droit de souveraineté qui lui a été conféré par la collectivité-nation?

S'il faut admettre les *actes de gouvernement*, ce sont ceux expressément autorisés par les constitutions ou les lois. Les autres ne sont que des *faits de gouvernement*, pour employer la très heureuse expression de M. Béquet, et sont justiciables, suivant le cas, des tribunaux civils ou des tribunaux administratifs. Comme nous le disions à propos des décrets-lois, le prétexte de *la raison d'Etat* ne peut servir de motif à n'importe quel fait, malgré le très éloquent rapport de M. Vivien (1). La puissance d'Etat est une délégation

1. *Rapport sur la loi organique du 3 mars 1849* : «... Dans un « gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité, « il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité poli-

tion, avons-nous dit. Les expressions sont celles de droits préexistants à lui-même, qu'on lui a attribués, qu'à la rigueur on a créés *pour* lui, mais qui ne sauraient se créer *par* lui. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas justiciable qu'il ne peut être jugé, mais parce qu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs constitutionnels et légaux et que dans ce cas seulement, les lois organiques des attributions judiciaires refusent aux tribunaux le droit de connaître des décisions gouvernementales. Dans les autres cas, il y a violation de droits réels et existants, de propriété, ou de liberté.

Cette théorie pendant longtemps ne fut admise ni par la Cour de cassation, ni par le Conseil d'Etat. Deux arrêts historiques, que nous voulons rapporter, en sont la preuve :

Les enfants et héritiers de la famille d'Orléans ayant revendiqué les biens compris dans la donation universelle à eux faite le 7 août 1830, par le roi Louis-Philippe, leur père, biens dont le décret du 22 janvier 1852 avait prononcé la restitution au domaine de l'Etat, l'autorité judiciaire saisie se déclara incompé-

« tique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits
 « privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre
 « justiciables d'un tribunal administratif, ce serait paralyser une
 « action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat
 « un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures
 « de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne ren-
 « trent pas dans le contentieux administratif, bien que des droits
 « privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les
 « livrer à l'opposition d'une juridiction quelconque ».

tente sur ce que l'unique but de cette donation aurait été d'empêcher la réunion au domaine de biens appartenant au roi Louis-Philippe, lors de son appel au trône ; ce décret de 1852 est un acte de gouvernement dont l'exécution et les effets sont soumis à l'appréciation du gouvernement lui-même (Déc. 21 sept. 1790 ; L. 8 novembre 1814).

Dans la soirée du 13 juin 1849, à la suite d'un décret qui venait de déclarer Paris en état de siège, le ministre de l'Intérieur donna l'ordre d'empêcher par tous les moyens possibles la publication des journaux : *Le Peuple*, le *Journal du Peuple*, la *Révolution Démocratique et Sociale*, *La Réforme* et la *Tribune des Peuples*. En exécution de cet ordre, la force publique pénétra de force, notamment dans l'imprimerie d'un sieur Boulé, et d'un sieur Proux, imprimeurs de quelques-uns de ces journaux, et l'occupa militairement. Durant cette occupation, des carreaux et des meubles furent brisés, les presses endommagées, les caractères d'imprimerie dispersés, des manuscrits et des exemplaires d'ouvrages lacérés. Ces faits, ainsi que leurs auteurs présumés furent dénoncés à l'autorité judiciaire et le parquet de la Seine saisi rendit le 9 novembre 1849 une ordonnance de non-lieu.

Cependant un arrêté du ministre de l'Intérieur avait, le 19 juin 1849, nommé une commission, chargée de donner son avis sur les dégâts dont les sieurs Boulé et Proux pouvaient se plaindre et d'apprécier la somme nécessaire soit pour réparer ces dégâts,

soit pour assurer aux ouvriers employés dans les établissements la continuation ou la reprise de leurs travaux.

Après cet arrêté et plusieurs expertises faites en vertu des ordres des commissaires, le dommage causé au sieur Boulé fut estimé à 78.119 fr. 17.

Mais la réclamation faite à l'Etat et plusieurs fois répétée par le sieur Boulé, resta sans réponse !

Un recours fut porté au Conseil d'Etat qui le rejeta le 5 janvier 1855 par ce motif que le ministre de l'Intérieur avait pris une mesure de haute police, commandée par les circonstances, qui ne pouvait être appréciée par un tribunal administratif (1).

Le Conseil d'Etat a varié absolument et depuis 1874 n'admet plus que le caractère essentiellement politique des actes de gouvernement n'enlève ceux-ci à son analyse et à son interprétation ; il se fait un devoir d'examiner chaque fois si tel acte, tel fait du gouvernement est bien dans la limite des pouvoirs

1. Cons. d'Etat, Cont. 5 janvier 1855 ; Cons. d'Etat, Cont. 10 janvier 1856. — Le Conseil, vu la requête... ; considérant qu'en donnant le 13 juin 1849 l'ordre d'empêcher par tous les moyens la publication du journal *La Vraie République*, le ministre de l'Intérieur a pris une mesure de haute police commandée par les circonstances qui avaient fait déclarer Paris en état de siège ; que si, dans l'exécution de cet ordre, des dommages ont été causés au matériel de l'établissement du sieur Proux, dans lequel s'imprimait ce journal, il ne peut naître de ce fait contre l'Etat une matière à indemnité de nature à être suivie par la voie contentieuse ; que si le sieur Luison-Dautreville, étant aux droits du sieur Proux, croit pouvoir demander au gouvernement une indemnité à raison du préjudice que son industrie a souffert, cette demande ne peut être appréciée par la voie contentieuse. — Rejette.

constitutionnels ou légaux, en un mot de reconnaître si cet acte, ce fait a bien incontestablement le caractère souverain d'*acte de gouvernement proprement dit* (1).

Et le commissaire du gouvernement, dans le procès intenté par le prince Napoléon — dont le nom avait été rayé par ordre du ministre de la Guerre, de la liste des généraux de division — s'exprimait ainsi : « ... Mais si les actes qualifiés par la langue
« du droit *actes de gouvernement* sont discrétionnai-
« res de leur nature, la sphère à laquelle appartient
« cette qualification ne saurait s'étendre arbitraire-
« ment au gré du gouvernement ; elle est naturelle-
« ment limitée aux objets pour lesquels la loi a jugé
« nécessaire de confier au gouvernement les pouvoirs
« généraux auxquels elle a naturellement subor-
« donné les droits particuliers des citoyens, dans l'in-
« térêt supérieur de l'Etat ».

Cette théorie s'appliqua aussi en 1880, lors de l'exécution des décisions prescrivant la dissolution des congrégations religieuses non autorisées. Le Conseil d'Etat a toujours, depuis lors, examiné *au fond*, les recours qui étaient formés contre lui. Ainsi encore, il a fait, en 1887, lors des recours formés par les membres de la famille d'Orléans et de la famille Murat (2) :

Cette doctrine confirmée par la majorité des auteurs — combattue par la jurisprudence des tribunaux civils — paraît logique.

1. Cons. d'Etat, Cont. 24 juin 1875, 5 juin 1876.

2. Voir historique et arrêt dans Béquet, *op. cit.*, p. 238.

Il ne pourrait être d'actes de gouvernement, souverains, incapables d'engendrer une responsabilité quelconque, que ceux faits dans les limites de la constitution ou de la loi. Pour ceux-là *seuls* l'Etat jouit d'une irresponsabilité absolue, logique au surplus sans qu'il soit besoin de l'expliquer, puisqu'à eux seuls s'appliquent les caractères de haute police et de sécurité publique dont la collectivité a donné le maintien à l'Etat, et qu'on revendiquait à tort pour tous les faits que semblaient nécessiter la « Raison d'Etat ».

Naturellement parmi ces actes de gouvernement, il en est que le gouvernement accomplit sous sa seule responsabilité parlementaire. Celle-ci ne nous intéresse pas. Elle est spéciale et écrite dans les lois constitutionnelles (1).

Donc tous les actes de gouvernement, qui ont légalement et strictement ce caractère, échappent à la censure des juridictions civiles et administratives. Aucun tribunal ne peut déclarer à leur sujet l'Etat civilement responsable.

Est-ce à dire que même pour ces actes, l'Etat jouisse d'une irresponsabilité absolue ? En fait il est évident que oui. Libre d'agir, personne ne pouvant le condamner à réparation, l'Etat et au-dessus de toutes les conséquences préjudiciables ou non de

1. Voir à ce sujet tout ce qui a rapport aux faits de guerre (Etat de siège ; Loi du 11 août 1792 ; Cons. d'Etat, 12 juin 1874, 12 mai 1876, D. 16. 3. 87) ; Actes diplomatiques ; Collation de titres ; Droits de douane.

ses actes. Pourtant dire qu'aucun tribunal n'est compétent pour condamner l'Etat, ce n'est pas affirmer qu'il n'y ait dans ces conséquences préjudiciables un principe de responsabilité. C'est ce qui arrive en matière législative, où nous établirons en l'absence de tout texte un principe de nécessité. L'absence d'un juge n'enlève pas à un délit son caractère ; s'il y a *délit*, s'il y a de la part de l'Etat, une faute qu'il pourrait, c'est-à-dire qu'il devrait éviter, il faut voir de quelle façon il *doit* le faire, et quelles sont les sanctions qu'il doit, en justice, s'imposer à lui-même, que la collectivité-nation doit imposer à la collectivité-Etat.

Mais ces réserves de principe posées nous n'hésitons plus à affirmer qu'il y a une part d'irresponsabilité nécessaire ; et ce avec, pour les citoyens, le maximum de garanties qu'on puisse demander de la part de la plus libérale des constitutions.

La *raison d'Etat* qui servait de motif arbitraire aux gouvernements qui s'en servait en dehors de toute équité, est, on le comprend bien, le synonyme du *droit de vivre* qui est, pour l'Etat que la collectivité a institué, une obligation. Certes, et c'est le principe que nous avons posé, la collectivité doit mettre à portée de l'Etat tous les moyens dont celui-ci peut disposer pour la sécurité, pour la vie de la collectivité, mais dans l'exercice légal de ces moyens, l'Etat est le seul juge de ce qu'il considère comme danger, et les conséquences de ses ordres doivent être considérés, même s'ils sont préjudiciables, comme une sanction

imposée par la collectivité. Tout acte de gouvernement doit être l'expression d'une nécessité absolue, prévue et jugée par la collectivité. Et le maximum de garantie existe puisque *toujours* les tribunaux saisis devront contrôler la légalité de cet acte, jugeant si l'Etat a agi dans les limites des pouvoirs qui lui ont été assignés. En dehors de ces pouvoirs, en vue desquels il a été créé, l'Etat n'existe plus comme tel, on peut même dire *n'existe plus* ; partant ses actes illégaux doivent être considérés comme non-existants et leurs effets dommageables sont le résultat d'une faute qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier.

De tout ceci, s'exprime que ce qu'on appelle l'acte de gouvernement est un acte d'administration auquel la collectivité a délégué une irresponsabilité tout à fait spéciale dont elle trouve la raison dans le principe de sa légitime défense. Il faut qu'à chaque occasion, et elles devront être infiniment rares, l'Etat manifeste la volonté collective légale qui le forme, et d'une manière tout à fait claire.

De cette façon, nous enlevons à ces actes le caractère extraordinaire d'actes de gouvernement pour leur laisser le seul qu'ils puissent avoir d'actes administratifs, couverts par une prétendue souveraineté qui ne doit plus avoir raison d'être.

Il n'y a, au point de vue juridique, aucune différence à établir entre le gouvernement et l'administration. Il faut rejeter la doctrine des actes de gouvernement en eux-mêmes ; elle est trop dangereuse et

ne trouve aucune base ni dans le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il a été formulé par la loi des 16, 24 août 1790, ni dans les articles 9 et 26 de la loi du 24 mai 1872, où l'on chercherait vainement une allusion à ces actes extraordinaires (1).

Ainsi interprétée la constitution française apparaît comme la plus saine et la plus libérale.

En d'autres pays, en Angleterre notamment on peut s'étonner que la *Couronne* ait gardé une immunité autrement grande. Le citoyen anglais paie cher dans le *Common Law* le contrôle par lequel le pouvoir exécutif lui assure la paisible jouissance de ses droits. La Couronne qui personnifie l'Etat bénéficie de l'indemnité judiciaire dans les limites de la pétition de droits. Il n'y a aucune responsabilité de l'Etat à l'occasion des dommages qui sont le fait de ses fonctionnaires, et cela, quoique élevé que soit le préjudice causé aux particuliers et quelque respectables que soient leurs droits. Sans doute le fonctionnaire, auteur du préjudice, est responsable mais il est le plus souvent un simple décor et les tribunaux sont assez peu disposés à étendre à l'Etat la théorie de la représentation. Ils confondent comme à plaisir (2) les actes discrétionnaires, c'est-à-dire les actes de souveraineté et les actes de gestion.

1. V. la réfutation de la théorie des actes du gouvernement dans les articles de M. Michoud (*Annales de l'enseignement de Grenoble*), et de M. Brémont (*Revue du droit public*, 1896, t. V).

2. Ils l'ont prouvé à maintes reprises dans la solution des conflits soulevant une question de police.

Cette immunité de la Couronne qui est un principe presque absolu en Angleterre subit un échec quand la Couronne se trouve en présence des gouvernements coloniaux. Ceux-ci ont pris une extension tout à fait remarquable ; et les « Waste-Lands » ont tellement exagéré les droits sur le sous-sol que plusieurs possèdent que l'immunité judiciaire de la Couronne est impossible. On a, par suite, créé dans certains cas des autorités spéciales, par exemple des commissions de chemins de fer ou un ministre « of Lands » auxquels on a conféré le droit d'actionner et même d'être actionnés ; le plus souvent on a autorisé le citoyen à poursuivre le gouvernement en réparations de dommages. Et dès lors voici la question qui se pose : Quelle est la mesure de responsabilité du gouvernement ? Là où une autorité a été substituée aux citoyens, on peut dire que cette responsabilité est déterminée forcément par des règles identiques à celle qui seraient applicables aux citoyens. Malgré cela, des règles spéciales ont été parfois établies par un statut. C'est ce qui s'est passé dans les Nouvelles-Galles du Sud et dans la province de Victoria où l'on eut soin de limiter à 200 liv. st. la somme de dommages-intérêts pouvant être réclamés aux administrateurs de chemins de fer en réparation de préjudices. Mais la loi ne pose aucune règle pour le cas où le gouvernement exerce une fonction que ne pourrait exercer un simple citoyen. C'est aux tribunaux qu'elle a laissé le soin très critique de dire le droit. C'est ce

qui se dégage de plusieurs espèces, jugées ces dernières années en Australie (1).

Dans l'affaire Young, le ministre des travaux publics fut actionné en justice par le sieur Gibson, victime de l'explosion d'une machine à vapeur, accident dû à la négligence d'un agent du gouvernement. Le ministre répliqua par : 1^o l'irresponsabilité du gouvernement qui n'a pas à répondre de la négligence de ses agents ; 2^o par l'impossibilité pour un détenu (2) d'actionner le gouvernement pendant la durée de sa détention ; 3^o par la non obligation du gouvernement de veiller à la sûreté des détenus. Les juges s'accordèrent pour reconnaître qu'une telle action est une immixtion incompréhensible dans les fonctions, et serait capable d'enlever toute autorité aux fonctionnaires des prisons si les détenus pouvaient à la moindre chose dont ils se croiraient victimes, poursuivre le fonctionnaire et le gouvernement en réparation. Et le juge Cohen s'exprimait ainsi : « Il paraît certainement très dur au premier
« abord que le plaignant, s'il a été réellement blessé,
« comme il le prétend, se trouve privé de tout
« secours ; mais ce n'est là, après tout, que l'appli-
« cation de cette grande règle que les questions de
« dommages privés doivent être sacrifiées au bien-
« être général ». Et il comparait l'immunité de la Couronne et des fonctionnaires à celle des juges, des

1. Gibson v. Young 190 N. S. W. R. 7.

2. Nous aurons l'occasion de retrouver cette comparaison lorsque nous étudierons la théorie française interprétée par M. Barthélemy.

avocats et des témoins qui peuvent dans certains cas causer un préjudice aux particuliers sans que ceux-ci aient la faculté de recourir contre les auteurs de ces dommages. Bref, le tribunal — et il n'inaugurait rien en cela — étendit l'immunité au fonctionnaire, auteur du dommage, admettant qu'il y a entre l'Etat et le fonctionnaire un lien réel de droit, et non entre le fonctionnaire et le particulier. Austin appelle le devoir du fonctionnaire un « devoir absolu et non un devoir relatif ».

Dans l'affaire Davidson-Walker, le tribunal ne parut pas cependant déclarer l'immunité absolue du gouvernement ; le juge Aven déclara que les droits des citoyens vis-à-vis de la Couronne ne sont pas aussi étendus que vis-à-vis des autres citoyens ; puis il se borna à se déclarer incompétent ; la Cour confirma et le dommage resta sans réparation. Nous retrouverons plus tard cette théorie de distinction.

Mais il apparaît que l'immunité de la Couronne elle-même s'estompe beaucoup avec le temps et avec la variété grandissante des services d'Etat. Le principe d'immunité, d'irresponsabilité demeure nécessairement plus stable d'apparence dans les pays de monarchie, comme l'Angleterre ; nous verrons, cependant, les concessions nécessaires qui semblent s'affirmer au principe contraire. Il était intéressant de noter les prérogatives tenaces de la Couronne anglaise, comme vestige le plus moderne de l'ancienne règle absolue.

CHAPITRE II

- I. — Administration proprement dite. — Action de l'Etat; ses organes. — Principe de responsabilité.
- II. — Différentes théories sur la nature de cette responsabilité. — Théorie de la responsabilité de droit commun (directe, indirecte). — Théorie de la responsabilité contractuelle. — Théorie de l'assurance. — Théorie du risque étatique.
- III. — Essai d'une théorie.

La principale raison d'être de l'Etat est dans l'administration des intérêts publics : celle-ci se manifeste par ce qu'on appelle l'exercice de la puissance publique. Les actes que l'Etat accomplit alors sont appelés *actes d'autorité*, par opposition aux actes de gestion qui sont, comme nous l'avons vu, les actes d'administration de son patrimoine privé et ceux accomplis en vue du fonctionnement de ses services publics et qui ne contiennent ni injonction, ni prohibition, ni autorisation de police.

Ces actes d'autorité ont leur source dans le droit

qui appartient à l'Etat de commander aux particuliers et de s'en faire obéir dans l'intérêt de la collectivité ; ils constituent, eux, des prescriptions, des injonctions, des autorisations ou des jugements.

L'Etat, organisme complexe mais réel, ainsi que nous l'avons dit plus haut, est constitué dans son existence par la cohésion de tous les organes, agents directs dont le mouvement correspond à un besoin général et à un ordre exprimé de la volonté collective. La vie propre de chacun des organes s'est substitué à une vie générale : *Les organes sont l'Etat.*

Par suite, tous les actes des organes sont faits par l'Etat, et engagent sa responsabilité. C'est, ainsi que dit Zachariæ (1), une garantie nécessaire donnée au citoyen qui doit obéissance ; c'est le moins qu'en échange de cette obligation, il puisse compter sur la réparation des dommages qui peuvent en résulter pour lui.

La responsabilité est, on le sait, en droit, l'obligation de réparer les conséquences dommageables qui résultent d'un fait. Le principe de cette responsabilité s'exprime, en notre droit commun, dans les termes de l'article 1382 du Code civil.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point : c'est ainsi que les victimes d'accidents causés par les autos sont déboutées de leur action lorsqu'il est éta-

1. Zachariæ, *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, 1863, p. 582 et suiv.

bli que la voiture marchait à une allure modérée, sur le côté droit de la chaussée, etc. (1).

Quelquefois pourtant la faute est inutile pour motiver une action en réparation, mais il faut pour cela les termes exprès d'une loi d'exception. La loi du 3 mai 1844, art. 11, § 2, par exemple, prévoit que le passage des chiens de chasse à la poursuite du gibier sur la propriété d'autrui ne pourra constituer un délit, une faute, lorsque la poursuite aura commencé sur le terrain du propriétaire des chiens. Cependant il pourra y avoir lieu à réparation, malgré l'absence de faute, si les chiens ont causé un dommage appréciable (2).

D'un autre côté, il se peut que même en présence d'une faute l'auteur de l'acte dommageable n'engage pas sa responsabilité (3).

Bien entendu l'intention de nuire, elle, n'est pas nécessaire; et la loi n'a pas distingué ici entre le délit et le quasi-délit. « Chacun, dit l'article 1383 Code civil, est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence... »

1. Cass., 12 juin 1899 ; Tafforeau, S. 99. 1. 497 ; et note Esmein.

2. Cass., 26 mai 1852 ; Reiset, S. 52. 1. 549.

3. Pour mémoire : l'exercice du droit de propriété (Demolombe, XI, n. 648 ; Baudry-Lacantinerie, II, 1349 ; Sourdat, I, 425) ; le droit d'action en justice (Chauveau et Carré, quest. 544) ; le droit de recours (Fuzier-Herman, v^o *Resp. civ.*, 873) ; le droit de légitime défense (Cass., 19 déc. 1817, etc.) ; le droit de défense du territoire (Cass., 28 avril 1875 ; Cossonet, S. 75. 1. 267), etc. Il y a dans tous ces cas usage de droits.

Ce principe d'une faute nécessaire au droit à la réparation du dommage s'applique-t-il à l'Etat dans l'exercice de sa puissance publique ?

Cette question a donné naissance à de nombreuses controverses et a été résolue différemment selon l'opinion que professe chaque auteur sur la nature et la personnalité de l'Etat.

Pour ceux qui considèrent que l'Etat est un être purement fictif, il ne peut, en effet, s'agir de faute. C'est ce qu'écrivait Savigny, repoussant la responsabilité pour délit de l'Etat, et ce, avec sa fougue et son érudition habituelle : « L'Etat ne peut avoir aucune volonté ; les représentants ne peuvent avoir reçu le mandat de faire des choses illicites, car de tels actes sont étrangers à sa destination » (1).

Gierke, au contraire, et ceux de son école organique considèrent que l'Etat est un acte juridique réel, capable de vouloir, d'agir ; il est capable aussi de mal faire. Sa volonté est celle de tous ses membres.

Que l'Etat ait une volonté réelle, ou une volonté légale, cela importe peu ; il en a une, à coup sûr, ayant une existence juridique, étant capable de droits et d'actions. Il ne faut pas oublier justement ici que l'Etat est l'ensemble de ses organes, qui agissent au nom de l'Etat, mettant à son service une capacité physique réelle, agissant avec des moyens réels : la faute est génératrice des dommages qu'ils causent au nom de l'Etat, parce qu'ils sont l'Etat.

1. Savigny, *Système de droit romain*, trad. Guénoux, nos 94-95.

Des auteurs — et nous le rappellerons plus tard — affirment pourtant que si l'Etat commet une faute il sort, par là-même, des fins qui lui ont été spécialement désignées par la volonté collective dont il est l'expression; que la collectivité n'*a pu* vouloir un acte illicite; que, pourtant, tout acte entaché de vice perd son caractère d'acte de l'Etat! Le moyen est trop simple pour invoquer l'irresponsabilité de l'Etat; il n'est plus de notre époque qui distribue à profusion des moyens de recours.

La faute semble donc génératrice de la responsabilité de l'Etat. Cependant nous affirmons qu'elle n'est pas *nécessaire*.

L'Etat est investi, nous le verrons aussi, de prérogatives exorbitantes du droit commun et que la loi lui reconnaît; il accomplit des actes qui sont hors l'activité des individus; et cependant il reste dans la limite de ses droits. N'ayant pas en face de ceux-ci des droits égaux, il peut causer aux biens des particuliers des dommages plus ou moins étendus en restreignant, par exemple, le produit utile que des citoyens peuvent retirer des choses. Cela se présente surtout en matière législative, dans la création des monopoles ou dans la suppression d'industries nuisibles à l'hygiène et à la sécurité publiques. Nous verrons cependant que, même dans ce cas, il y a lieu de dégager un principe certain de responsabilité.

Et comme toutes ces mesures sont de puissance publique, on peut dire que l'existence d'une faute,

nécessaire pour engager la responsabilité de l'Etat dans ses actes de gestion, ne l'est plus quand il s'agit de l'exercice de la puissance publique.

Ce qu'il importe surtout de dégager maintenant, c'est le principe de cette responsabilité. Réside-t-il dans les textes ordinaires du droit commun, articles 1382 et suivants du Code civil, dans l'esprit d'un contrat mutuel, dans l'existence d'un risque d'Etat analogue au risque industriel et créant une sorte de contrat d'assurance mutuelle ou tout simplement dans un critérium naturel d'équité ?

C'est la raison de théories qui ont aujourd'hui encore leurs partisans fervents dans cette matière restée si vague depuis longtemps.

I. *Thèse civiliste*. — Les civilistes affirment que la responsabilité de l'Etat découle des articles 1382 et suivants du Code civil. Cette théorie est celle qui paraît être aujourd'hui la plus importante, nous dirons la plus dangereuse ; elle conduit à des conséquences qu'un raisonnement superficiel pourrait facilement admettre ; c'est naturellement celle de la plupart des commentateurs du Code civil : Demo-

1. Laurent, t. XX, p. 438 : « L'Etat ne doit gérer les intérêts généraux que dans la limite de son pouvoir. L'intérêt général l'emporte sur l'intérêt privé mais pas sur le droit privé » ; Aubry et Rau, IV, § 447, p. 759 ; Demolombe, XXXI, n. 637 ; Cons. d'Etat, 4 mai 1870, D. 72. 3. 4 ; 9 août 1865, D. 66. 3. 27 ; Bruxelles, 5 novembre 1844, *Pas. belg.*, 45. 2. 3 ; 3 août 1875, *Pas. belg.*, 75. 2. 172 : « La responsabilité de l'Etat est engagée par cela seul qu'il a violé le droit d'autrui.

lombe, Aubry et Rau, Marcadé, l'ont soutenue tour à tour en France. A l'étranger, de savants jurisconsultes, Gierke en Allemagne, Meucci en Italie, Laurent en Belgique, ont admis aussi que l'on devait appliquer à l'Etat les règles du droit privé. Et nous signalerons que la Cour de cassation et nos cours d'appel ont adopté cette théorie pendant de longues années, à l'encontre du Conseil d'Etat, qui lui-même a rendu quelques arrêts conformes.

Parmi ces doctrines civilistes, il nous faut distinguer celles qui, donnant à l'Etat une personnalité réelle, réclament contre lui l'application de l'article 1382 C. civ., et celles qui, estimant l'impossibilité où est l'Etat de causer un dommage d'autre façon que par l'intermédiaire *nécessaire* d'un agent, représentant de l'Etat, commis par lui, réclament contre cet Etat l'application de l'article 1384 du C. civ. En un mot les uns prétendent à la responsabilité *directe*, les autres à la responsabilité *indirecte*. Disons d'abord quelques mots de cette dernière.

L'Etat personne morale, personne civile capable de droits et d'actions ne peut s'exprimer que par les actes administratifs qui sont, sinon la conception, du moins le fait exclusif des agents de l'Etat. Ce sont eux, et eux seuls, qui, agissant en son nom, sont ses préposés, les intermédiaires entre l'Etat et le particulier. *L'Etat est le commettant de ses fonctionnaires.*

Or l'article 1384 dit expressément que les maîtres et les commettants sont tenus du dommage causé par

leurs domestiques ou préposés. « La règle, *bien entendu*, dit Marcadé (1), s'applique à l'Etat et aux diverses administrations publiques, par rapport à leurs agents préposés ou employés, comme aux commettants particuliers ». L'administration doit être soumise au droit commun ; or, de droit commun, les tribunaux judiciaires sont compétents pour prononcer sur toutes les réparations des dommages causés par le fait, l'imprudence ou la négligence d'autrui.

« Attendu, dit la Cour de cassation — 1^{er} avril 1845, Depeyre ; D. 1845. 1. 261 — que l'Etat représenté par les différentes branches de l'administration publique, est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu ; qu'aucune loi ne soustrait à la compétence des tribunaux civils les administrations publiques autorisées à exploiter des entreprises de transport par terre ou par eau, soumises habituellement auxdits tribunaux ».

« Il est naturel, ajoute Sourdat, que le droit commun s'applique. Les obligations à la charge de l'Etat ne découlent pas invariablement d'un acte d'administration (2) Les tribunaux civils ne font que reconnaître une obligation créée par l'Etat ; ils sont

1. Marcadé, *Explication du Code Napoléon*. Paris, 1869, t. V, p. 281.

2. Sourdat, *Traité général de la responsabilité*. Paris, 1902, II, p. 589.

3. *Id.*, p. 565.

seuls compétents ; c'est dire que seule l'application du droit commun est admissible et raisonnable ».

Nous n'hésitons pas à déclarer que cette théorie réclamant contre l'Etat l'application de l'article 1384 est non recevable pour plusieurs motifs.

D'abord le raisonnement part d'un principe non certain : parce que les tribunaux civils sont ceux qui doivent apprécier le dommage quel qu'il soit, on ne peut pas affirmer nécessairement que c'est l'application de l'article 1384 qui s'impose. De la question de compétence il ne faut pas déduire la question de responsabilité. Nous en voyons la preuve dans ce fait que l'Etat devra être, à notre sens, déclaré responsable alors même qu'il n'y a pas faute, à l'occasion de ce qu'on appelle parfois — et à tort — sa responsabilité extraordinaire.

Nous le disions bien, plus haut, la question de compétence a aveuglé les civilistes et d'autres auteurs. Les tribunaux civils sont les tribunaux de droit commun ; les tribunaux administratifs ne sont que d'exception. En présence de textes simplement généraux, les tribunaux civils essaient de rendre, en interprétant ces textes, ce qu'on appelait au xvii^e siècle, la justice d'équité. N'est-ce pas — nous le verrons — sur un principe d'équité, d'où sont issus les articles 1382 et suivants eux-mêmes, que se base la responsabilité de l'Etat ? Mais faut-il dire que *par suite* les tribunaux civils compétents pour les applications des articles 1382 et suivants, le sont dans tous les cas ; que,

par conséquent, la responsabilité est bien, dans tous les cas, civile et aux termes de ces articles ?

L'effet ne saurait faire préjuger la cause ; parce que deux causes distinctes peuvent avoir un effet identique. Il y a donc de la part des civilistes un raisonnement sinon faux du moins illogique et mal conduit qui oblige à ne pas s'y arrêter.

Ensuite et surtout, on ne peut comparer l'Etat à un particulier pour lequel sont édictés les articles 1384 et suivants ; faites en vue de simples particuliers qui peuvent toujours exercer une surveillance efficace sur leurs agents et dont l'intervention personnelle est toujours possible, ces règles ne peuvent s'adapter à l'Etat, organisme trop compliqué. La variété de ses manifestations, le nombre de ses agents donnerait à sa responsabilité un champ énorme et exagéré, puisqu'il aurait à répondre des fautes habituelles, des dol, des délits de ses agents pourvu qu'il s'agisse d'actes de leurs fonctions ! Et l'on pense bien qu'il ne peut être question du recours de l'Etat contre le fonctionnaire qui même en se ruinant ne suffirait pas la plupart du temps à réparer le dommage. Si ce fonctionnaire, d'autre part, sentait sa responsabilité engagée pour la moindre faute légère souvent imputable à la mauvaise organisation du service qu'il assure, il se désarmerait de tout esprit d'initiative. A moins qu'on laisse à l'Etat le soin de distinguer parmi les fautes de ses préposés celles où la responsabilité de ceux-ci est engagée ou non (1) !

1. Michoud, *op. cit.*, n. 29.

Il ne faut pas oublier que lorsque l'Etat paye, c'est l'ensemble des contribuables, et on ne peut disposer de leur argent quand ils sont étrangers à la faute commise.

Ce raisonnement ne suffit pas ; puisqu'il ne fait que conduire l'application d'un texte à des conséquences inacceptables. Ce qu'il faut dire surtout c'est que l'article 1384 ne peut s'appliquer qu'à *l'homme*, et aux rapports d'ordre privé qui réunissent le commettant au préposé, non à ceux entre l'Etat et ses représentants ; que les articles 1382 et suivants sont basés sur l'idée de faute. La responsabilité de l'Etat est d'une autre nature.

Les droits qu'a l'Etat sur les biens qu'il administre comme puissance publique ne sont pas assimilables à ceux du propriétaire sur ses biens.

Et ainsi que le fait remarquer M. Roger (1), l'interprétation que nous donnons à ces articles est la seule conforme aux intentions du législateur de 1804. Au moment de leur rédaction, il semble impossible qu'on ait accepté la responsabilité de l'Etat sans discussion. Et rien dans les travaux préparatoires ne fait voir qu'on ait prévu l'application de ces articles à l'Etat. Les procès-verbaux de la section de législation ou de l'assemblée générale du Conseil d'Etat, le rapport de Treilhard au nom du Conseil, celui de Tarrille au nom du Tribunal sont muets sur ce point.

1. L. Roger, *De la responsabilité civile de l'Etat*, thèse. Paris, Rousseau, 1900, p. 36 et suiv.

« Jamais, écrit M. Laferrière (1), les auteurs du Code n'ont pensé que cette question pût se poser sur ces textes et il y avait à cela deux raisons préremptoires. La première c'est qu'ils faisaient un Code civil et que pendant toute la durée de leur œuvre, ils avaient maintes fois manifesté la volonté de ne tracer que des règles de droit civil et privé, et de ne les rendre applicables aux administrations publiques qu'en vertu de dispositions expresses. Ils ont même cru nécessaire de procéder ainsi dans beaucoup de cas où l'Etat n'agit que comme propriétaire (2).

La seconde raison c'est qu'en 1804 le caractère administratif de la responsabilité de l'Etat était consacré d'une manière absolue, quelquefois même d'une façon trop absolue par la jurisprudence de la période révolutionnaire et par celle que le Conseil d'Etat venait d'inaugurer. La pensée de lui ôter ce caractère par des articles du Code, d'ailleurs muet sur la question, n'a pu venir à l'idée de personne ».

Les rapports qui existent entre l'Etat et les fonctionnaires ne peuvent être comparés à ceux qui unissent les commettants à leurs préposés : ceux-là sont de droit public ; leur élection ou leur nomination est un acte de puissance publique ; la jurispru-

1. *Op. cit.*, I, p. 678 : « Si les rédacteurs du Code civil avaient entendu soumettre l'Etat aux règles des articles 1382 et 1384, il est probable qu'ils auraient employé, pour exprimer cette idée, d'autres expressions que celles d'homme, de commettant, de préposé ».

2. Voy. C. civ., art. 538 et suiv., relatifs aux biens ; art. 636, sur les droits d'usage dans les bois et forêts ; art. 650, relatif aux servitudes ; art. 2227, sur la prescription, etc.

dence reconnaît ce caractère même à la collation d'emploi, bien que les employés ne soient pas dépositaires de la souveraineté. L'Etat ne choisit pas librement ses préposés; il subit la loi des examens, des concours, des règlements et des députés influents. On peut dire là qu'il y a sélection qui sert quelquefois et à tort de base à la théorie de la responsabilité pour mauvais choix; mais lorsqu'il groupe ses soldats, il n'y a plus sélection du tout. Et l'infinité des fonctions empêche une surveillance directe, qui ne peut s'exercer que par une foule d'intermédiaires (la hiérarchie administrative); si bien qu'il qu'il n'y a entre le fonctionnaire et l'Etat qu'un lien *de fonction*, lien nominal et non direct comme l'est celui du préposé au commettant de droit commun.

Enfin le rôle de l'Etat dans la société est bien loin d'être celui d'un particulier ou assimilable à celui-ci. Il agit dans l'intérêt du public seul. Il ne doit se préoccuper que de l'intérêt du public alors même que les intérêts privés pourraient en souffrir. Et le juge Simpson, dans le cas *B. and S. c. Railway Company contre Numan*, 11. A. c. 45, s'écriait en Angleterre : « Je n'hésite pas à déclarer que le gouvernement est dans une situation plus forte que pourrait l'être quique ce soit ».

L'Etat ordonne aux citoyens; l'égalité est la règle dans les rapports entre particuliers.

Voilà toutes les raisons qui nous permettent de repousser la théorie des civilistes, et l'application à

l'Etat de la responsabilité indirecte des articles 1384 et suivants du Code civil.

Ce sont les mêmes motifs qui nous empêchent d'accepter la doctrine d'application de l'article 1382, celle de la responsabilité directe

On peut se demander pourquoi nous mettons à part l'examen rapide de cet article. La raison est simple, si l'on conçoit qu'il peut être question de la responsabilité que nous avons appelée *indirecte*, parce que l'Etat n'agit que par ses préposés, on comprend moins facilement qu'il puisse être parlé de responsabilité *directe*. L'Etat ne fait rien par lui-même pour cette raison qu'une personne civile capable de droits et d'actions, n'exerce ces droits et ces actions que par des préposés, des agents

Mais si l'on se rappelle ce qu'est l'Etat, ce que nous avons voulu qu'il soit, un *organisme* dont les fonctionnaires sont les cellules réelles, nécessaires et agissantes, que les fonctionnaires *sont l'Etat*, abandonnant leur personnalité de fonctionnaires au profit d'une personnalité collective, l'Etat, on conçoit que le geste, le fait du fonctionnaire étant le fait de l'Etat, il peut être question de responsabilité directe.

C'est en effet la théorie développée par Gierke et par M. Michoud (1), c'est celle même que nous adopterons en ses grandes lignes, du moins.

L'article 1382 est celui qui devra s'appliquer aux cas où la faute émane de l'un des représentants

1. *Op. cit.*, nos 6 et suiv., nos 28 et 29.

immédiats, des *organes* de l'Etat par opposition aux auxiliaires, subalternes, préposés ceux-là, qui tomberont sous le coup de 1384. Il faut alors que l'Etat ait choisi son préposé et ait conservé sur lui un pouvoir de direction et de surveillance.

Pour ces auteurs comme pour les autres, les arguments sont tirés de la généralité des termes des articles qu'ils invoquent.

C'est donc la même fin de non-recevoir que nous opposons à cette théorie, quant au principe de la responsabilité de l'Etat, seulement.

II. — On a soutenu que la responsabilité de l'Etat naissait d'une faute contractuelle de l'Etat. C'est la thèse de ceux qui, comme J.-J. Rousseau, Hobbes, expriment l'existence de l'Etat d'un « contrat ». De quelle nature est ce contrat ? Dans quels termes a-t-il été passé ? Personne ne l'a dit ! A moins qu'on ne se suffise des conditions d'équité, de justice appropriées aux besoins des droits de la société de l'homme à l'état de nature. Bref, l'homme abandonne à l'Etat une partie de sa personnalité ; en échange l'Etat doit assurer le bien être collectif : sécurité, justice, conservation et exubérance des intérêts matériels et moraux de la collectivité-nation. « L'union intime du droit et du devoir montre la supériorité du droit public sur le droit privé ». L'Etat ayant des droits, a des obligations d'autant plus sacrées. L'inexécution des obligations, comme celle de faire, entraîne contre lui une condamna-

tion à des dommages-intérêts au profit des particuliers victimes de ses fautes ou de sa négligence.

Cette doctrine fut celle de la jurisprudence allemande en de fréquentes occasions (1). Elle manque absolument de base puisqu'on ne connaît ni les termes ni les signataires de cette obligation sans date. En supposant même qu'elle ait existé, on ne peut la comparer à une obligation passée entre particuliers et qui se résout en cas d'inexécution, en dommages-intérêts dont la crainte poussera souvent à l'exécution. Appliquer ces principes à l'Etat serait désastreux pour les finances, puisqu'ils engloberaient toute faute, toute négligence, toute omission même lorsqu'elles n'entraîneraient pas de dommage (!) et serait inutile par suite de son exagération, car l'Etat ne peut être contraint que s'il le veut bien. A ce prix-là, il ne s'y déciderait jamais.

Et puis, il faut se faire une autre idée de l'idéal qu'on doit obtenir en l'Etat : la garantie pécuniaire qui ne peut être complète n'est rien auprès des garanties des droits du citoyen et de ses libertés. Enlever l'activité des représentants de l'Etat ne saurait accroître l'intelligence de leurs services. C'est ce que dit si bien M. Michoud (2).

Il faut donc n'attacher aucune importance à cette théorie de la faute contractuelle de l'Etat.

1. V. Löning, *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten*, 1879, p. 100, note 1, et le rapport d'Heffter dans *Archiv des criminalrechts*, 1851, p. 446 et suiv.

2. *Op. cit.*, n. 48.

III. — Une autre théorie est affirmée non sans quelque talent original par quelques juristes du droit public et notamment par des professeurs de la Faculté de Paris.

« Les choses, dit M. Hauriou (1), se passent *comme si* les personnes morales, comme telles, géraient une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs ».

Cette idée d'assurance vient du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ; cette égalité se poursuit directement (impôts, service militaire), ou indirectement par des compensations (taxe militaire, indemnités). Mais il faut que le particulier établisse l'existence d'un préjudice spécial à lui ou à une catégorie de gens ; sans cela, ce préjudice serait collectif, partant *normal*.

Mais notez que le particulier n'a pas le droit, même en cas de dommage spécial, de discuter tous les actes administratifs (de gouvernement, de puissance publique).

Et la base de ce contrat d'assurance mutuelle nous semble être, comme dans la doctrine précédente, dans la contre-partie nécessaire du devoir d'obéissance qu'ont les particuliers vis-à-vis des fonctionnaires, dans la garantie d'aucune violation de droit ou de liberté. Mais se rendant compte qu'il n'y a

1. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*. Paris, 1897, p. 174 et suiv.

pas de texte, M. Hauriou a pris la formule de fiction :
« Tout se passe *comme si...* »

Le service d'assurance devient un service nouveau pour lequel des fonds spéciaux seront créés, quoi qu'en puissent dire les rapporteurs du budget français.

Cette théorie ne manque pas d'un certain charme ; mais nous lui préférons, quant à l'exposé, sa devancière immédiate — nous croyons, sa source même — que l'on peut trouver dans les observations que fit M. Larnaude sur « les indemnités au cas d'erreurs judiciaires » (1). « Je ne pense pas, disait l'éminent professeur de la Faculté de Paris, qu'on puisse parler de l'article 1382 du Code civil, quand il s'agit de l'Etat agissant comme personne publique ; j'admets ce point de départ quand il fait des actes de gestion, mais je ne le comprends plus quand il s'agit de l'Etat souverain, car l'article 1382 est fait pour les rapports entre personnes privées et personnes qu'on leur assimile ». Et puis, il ne peut être question de faute. La théorie de la faute subit, il est vrai, une crise singulière : la proclamation du risque professionnel en l'absence de toute faute est l'abandon de cette théorie. Les causes d'application de ce risque seront souvent inconnues ; les conséquences en tomberont dans les frais généraux de la production. « C'est une idée pareille qu'il faut admet-

1. *Bulletin de la Société générale des prisons*, janvier 1896, p. 9 et suiv.

tre ici : lorsque cette grande machine qu'on appelle l'Etat — cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse aussi que les machines de l'industrie — a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant ce préjudice, viennent le réparer. Ainsi l'exigent les principes de solidarité et de mutualité qui sont le fondement même de nos institutions et dont aucune conséquence n'est, certes, plus intéressante ».

L'avantage de cette argumentation est principalement de détruire l'idée de faute nécessaire en cas de dommage : il suffit qu'il y ait un préjudice certain. Peut-être même là — puisqu'il n'y a aucune réserve — y a-t-il cette exagération que nous signalions lors de l'examen de la théorie de la faute contractuelle : toute faute légère ou lourde, personnelle ou non du fonctionnaire, toute négligence, toute omission, entraîne le droit à la réparation pour la victime, l'obligation à la responsabilité pour l'Etat, avec cette distinction toutefois qu'il faudra l'existence d'un dommage. Et n'y a-t-il pas là une impression fâcheuse : on ne sait trop si l'Etat est un patron qui doit subir le risque ou l'ensemble des citoyens concourants, y compris l'auteur du dommage, à réparer un préjudice qui ne leur profite pas, au contraire. L'Etat, qui, dans l'esprit de M. Larnaude, nous paraît avoir une personnalité indépendante des personnes doit supporter le risque ; mais ce sont les contribuables, les victimes qui sont les assureurs ! Cela nous paraît impossible à poser. Et c'est pourquoi la formule du

« Risque étatique » — malgré qu'elle conduise à un résultat fort plaisant — ne nous paraît devoir être admise, justement parce qu'elle déduit un résultat vrai d'une raison fausse et impossible.

Quelle est donc la jurisprudence en cette troublante matière ?

La Cour de cassation dès 1845 n'hésita pas à assimiler l'Etat à un commettant du droit commun, et à le rendre par suite justiciable des tribunaux civils (1).

« Attendu, porté l'arrêt du 1^{er} avril 1845 (Sirey, 45. 1. 363), que s'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier dans les cas prévus par les articles 1382, 1383, 1384 du Code civil les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente des règlements administratifs. »

Et la Cour amplifiait encore le 19 décembre 1854 (Sirey, 55. 1. 266) : « Attendu que les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes les réparations de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, par son imprudence ou par l'inobservation des règlements ; que cette compétence est générale et qu'elle ne saurait être modifiée parce que les faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions de la part des

1. C'est lorsqu'il s'agit des juridictions qu'on peut comprendre l'attribution de compétence entraînant la pétition de principe, beaucoup mieux que lorsqu'il s'agit d'un intérêt purement doctrinal.

employés des administrations publiques aux règlements de ces administrations ; qu'à l'égard de ces employés l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et doit être jugée par les principes de ce droit ; que si cette action par sa nature réagit contre l'administration elle-même et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun ; que les administrations publiques, comme représentant l'Etat, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent ».

Le Conseil d'Etat au contraire, prétendant à l'attribution exclusive de sa compétence pour déclarer l'Etat débiteur, affirmait que les rapports, droits et obligations qui naissent des services de l'Etat ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil, et comme ils le sont de particulier à particulier ; que notamment en ce qui touche la responsabilité de l'Etat en cas de faute, de négligence ou d'erreur commise par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que dès lors l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure.

A vrai dire, le Conseil d'Etat fait beaucoup plus afin de s'emparer de la compétence que pour déter-

miner la nature de la responsabilité de l'Etat: celle-ci semble infiniment variable au gré des juges ou de l'Etat lui-même! Mais pourtant il convient d'ajouter que le Conseil, soit dans son intérêt, soit dans celui des particuliers, soit dans celui de l'Etat lui-même enlève au droit commun le principe de cette responsabilité: ce qui est un progrès certain.

Le Tribunal des conflits profita de sa très courte apparition de 1850 pour se rallier à la doctrine du Conseil, mais, lui, en abandonnant même toute faculté de reconnaître l'Etat débiteur.

20 mai 1850, Manoury-Lebon, 477; 17 juillet 1850, Letellier-Lebon, 693, etc.

Mais il ne sut pas mettre d'accord les deux juridictions; la Cour et le Conseil persistèrent dans leur mutuelle jurisprudence. Depuis 1855 (aff. Rottschild) jusqu'en 1870 (Thonet et Gérot) le Conseil reconnut invariablement la possibilité où il était, lui exclusivement, de proclamer la responsabilité spéciale de l'Etat; mais ses arrêts visaient surtout des dettes anciennes où il eut le grand tort de confondre les créances de l'Etat, personne publique, et celles de l'Etat personne privée.

1858, Carcassonne; 1861, de Reister; 1861, Baudry; 1862, Vivien; 1868, Bourdet.

Dans sa réapparition en 1872, le Tribunal des conflits eut à se prononcer sur la question. M. Teissier (1) rappelle que la discussion fut longue et à ce

1. *Op. cit.*, p. 57.

point vive qu'un partage de voix se produisit : il fut tranché par M. le garde des sceaux Dufaure dans le sens de la compétence administrative (1), et cet arrêt mit fin à une des polémiques les plus longues entre nos deux grandes juridictions (2). (Il faut signaler que le Conseil laisse toujours aux tribunaux civils le soin d'apprécier la responsabilité de l'Etat lorsqu'on se trouve en présence de ce qu'on appelle « la voie de fait » (3), puisque la Cour de cassation se ralliait, dès le 4 juillet 1875, à cette doctrine. Les termes du dernier arrêt rendu en cette matière le 3 juillet 1905 (*Bull. cass. civ.*, 1904, 124) méritent d'être rapportés : « Attendu que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour la réparation du dommage causé par ses agents n'est point régie par les principes du droit commun, établi pour les rapports des particuliers entre eux et dont l'application appartient à l'autorité judiciaire ; que cette responsabilité a des règles spéciales qui varient suivant les besoins des divers services publics et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». La Cour condamnait donc bravement son ancienne doctrine, affirmait qu'il faut chercher ailleurs que dans le droit privé

1. Aff. Blanco, 1^{er} fév. 1873 ; Leb. 1^{er} suppl. 51.

2. On sait, en effet, que malgré que la division de compétence semble bien nette, la Cour et le Conseil ont été et sont encore en longues discussions d'attribution sur certains points (Travaux publics. Mur de face. Droit d'affouage. Enseignement congréganiste. Loi du 7 juillet 1904, etc.).

3. Laumonnier-Carriol, 5 déc. 1879, L. 768 ; de Plazanet, 1877, L. 261.

les principes de la responsabilité de l'Etat, mais s'en remettait à d'autres pour ce soin !

Quels sont donc ces principes que n'osent aborder franchement nos tribunaux, et sur lesquels discutent nos juristes ?

Il ne faut pas oublier ce qu'est l'Etat : une machine — M. Teissier le dit lui-même : l'Etat est une machine gouvernementale — mais mieux, un organisme social, composé d'organes dont le groupement, fait par les soins de la collectivité, forme, *est* l'Etat. Chaque organe, dont l'*action de fonction* est action de l'Etat abandonne au profit de la collectivité sa personnalité civile commune, mais seulement pour et par sa fonction.

A côté de ses organes, représentants directs, l'Etat a des auxiliaires. Il sera donc responsable directement ou indirectement, mais plus largement qu'un être du droit commun, parce qu'il n'est pas un être physique, et surtout parce qu'il n'est point besoin de la notion de faute dans l'analyse des recours contre l'Etat.

Nous le disions précédemment, la question a été faussée en France par le voisinage de la question de compétence : on a voulu soustraire l'Etat aux tribunaux judiciaires. Débarrassons-nous de cette préoccupation et nous verrons que si cette solution tient à cœur pour l'admission du principe que nous posons, elle n'est pas incompatible avec lui.

La faute, a-t-on dit, est l'œuvre de la volonté d'un

homme et non d'une collectivité. Merlin (1), Savigny (2) le prétendaient déjà. Bien d'autres l'ont affirmé depuis. Il faut rejeter cette théorie de la faute impossible, théorie basée sur la prétendue fictivité de la personne morale. L'Etat n'est pas fictif; il est composé d'êtres du droit commun, capables de vouloir, et par suite de commettre une faute. L'ensemble de la volonté des organes forme une volonté collective distincte de la volonté des individus. L'effort de fonction fait par chaque organe constitue une expression spéciale, de forme spéciale, née d'une volonté spéciale. Cette organisation peut donc vouloir le bien et le mal; il y a donc là, pour ceux qui expriment cette volonté, les organes de l'Etat, l'Etat, la source d'une responsabilité. Bien entendu, n'appelons pas cette volonté spéciale une volonté naturelle, puisque l'Etat n'est pas un être naturel; appelons-la *volonté légale* d'une collectivité réelle.

La personnalité civile du représentant organe s'efface devant la personnalité juridique de l'Etat-collectivité qui agira, deviendra propriétaire, créancière ou débitrice.

Mais alors l'Etat pourra vouloir des actes illicites ?

Il n'y a pas à faire de sophismes, dit M. Michoud. La loi autorise la personne morale en vue d'un but que celle-ci reste libre de chercher par tous les

1. Merlin, *Quest. de droit*, v^o *Responsabilité des communes*.

2. De Savigny, *op. cit.*, § 94.

moyens. On ne peut pas plus écarter les moyens illicites que les moyens malhabiles. Il suffit que la volonté soit exercée en vue d'un but, sans cela ce serait créer un être privilégié avec rien que des bénéfices et aucune charge.

Où, pourtant, l'on devra faire intervenir la faute nécessaire, c'est en cas où le dommage est né du fait, non du représentant direct, mais de l'auxiliaire préposé. Là, l'Etat est dans la même situation, — toutes choses égales, d'ailleurs — que le commettant du droit commun. Il pourra décliner sa responsabilité de mauvais choix, soit en démontrant qu'il n'avait sur cet auxiliaire aucun pouvoir de direction ou de contrôle, soit en établissant qu'il a tout fait pour empêcher le dommage. Des jurisprudences et des législations ont déjà, à l'aveugle, adopté ce principe (Code forestier, art. 206; Cour de cass., 3 janvier 1845, D. 45. 1. 86). Mais cette responsabilité du fait de l'auxiliaire n'est que l'exception. L'Etat n'agit guère que par ses représentants directs, et nous répétons que ceux-ci étant l'Etat, engagent nécessairement la responsabilité de l'Etat, et ce, directement.

Mais alors où prendra-t-on, dans quel texte de loi ou de constitution puisera-t-on le droit de poursuivre l'Etat et, par suite, devant quels tribunaux?

Tout simplement dans *le principe* d'équité et de justice naturelle qui ordonne la réparation du dommage causé et qui a dicté, sous certaines formes nécessitées par les sujets d'application qu'on proposait spécialement, les termes des articles 1382 et

suivants du Code civil. Mais rien que dans son principe et non dans l'expression qu'en a faite le législateur. « Tout dommage doit être réparé ; tout préjudice a sa cause dans l'expression d'une volonté, que cette volonté soit personnelle ou collective, réelle ou légale ».

Pourquoi, nous dira-t-on, ne pas appliquer tout simplement les articles du droit civil, et ne pas — ce qui serait une garantie ordinaire et juste — forcer à l'établissement de la faute ?

Justement parce que l'Etat n'est pas un simple particulier ; ayant plus de droits, il a plus d'obligations ; nous le disions plus haut, il n'y a pas égalité dans les rapports de l'Etat et du citoyen ; l'Etat est un organisme plus complexe, dont toutes les manifestations, si l'on n'y veillait, seraient capables d'écraser l'individu.

Et la preuve que nos adversaires eux-mêmes l'entendent ainsi sans se l'avouer, c'est l'admission qu'ils font de la *responsabilité extraordinaire* de l'Etat.

En exerçant les prérogatives exorbitantes du droit commun, disent-ils (1), que la loi lui reconnaît ou en usant des puissants moyens d'action dont il dispose, l'Etat accomplit des actes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent de beaucoup ceux que font les individus, tantôt il impose, en effet, aux citoyens une diminution du produit utile de leur industrie, tantôt il leur enlève même le bénéfice

1. Hauriou, *op. cit.*, p. 174 et suiv ; Roger (thèse), p. 112 et suiv.

(monopoles) ; et ces auteurs qui refusaient pour l'Etat l'application d'un simple principe d'équité, revendiquent cette équité pour les dommages causés par l'exercice de droits exorbitants de l'Etat. C'est faire bien inutilement deux poids et deux mesures !

C'est surtout lorsque nous étudierons la responsabilité législative que nous verrons qu'il n'est point nécessaire de fonder la responsabilité de l'Etat sur une disposition législative ; il suffit qu'elle découle d'un principe juridique qui a la même valeur qu'une règle textuellement écrite dans la loi.

C'est ce principe qui, nous le répétons, a conduit à l'adoption de l'article 1382 ; c'est lui qui, lors de la Déclaration des droits de l'homme, a basé les explications juridiques de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'Etat étant l'ensemble de la collectivité doit s'efforcer de faire plus grands les intérêts de cette collectivité, et a pour cela des moyens spéciaux : il peut forcer l'individu à être lésé dans son droit ou dans son intérêt, mais il est juste qu'il lui fournisse une réparation qui compensera dans une certaine mesure.

Tel est le principe juridique de la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique. Mais il faudra, naturellement, que la cause de ce dommage soit imputable à l'Etat et une des raisons qui nous fait rejeter la théorie du Risque étatique c'est qu'on ne peut admettre que le Trésor soit tenu d'indemniser les victimes des faits de guerre, d'inondation ou de toute autre force majeure.

Et l'avantage de la doctrine que nous proposons est certaine. Point ne sera besoin de démontrer la faute ; point nécessaire non plus qu'il y ait eu ou non enrichissement de l'Etat. Tout acte de l'Etat est nécessairement en vue du bien-être collectif qui se récupérera par un ensemble de faits dont quelques-uns pourront peut-être causer un préjudice. S'il y a un risque, c'est plutôt pour le membre de la collectivité et c'est l'assurer d'une manière très grande que de débarrasser le principe de la réparation des idées de faute et d'enrichissement.

L'étendue du profit ne sera pas la mesure de la réparation : seule l'étendue du dommage y servira de base.

Et en réalité cette doctrine est appliquée souvent par le législateur lui-même et par les tribunaux : Conseil d'Etat, 3 février 1857, D. 57. 2. 778. Lois des 10 juillet 1791, 17 juillet 1819, 22 juin 1854 ; décret du 10 août 1853. Conseil d'Etat, 11 janvier 1838 (Duchâtelier, D. 38. 5. 58) ; 6 août 1852 (Fournier) ; 7 décembre 1894 (Compagnie algérienne, Leb. 660), etc.

A quels tribunaux devront aller la connaissance de ces actions en responsabilité ?

La loi du 8 août 1790 et celle du 25 septembre 1793, interdisent à l'autorité judiciaire de reconnaître l'Etat débiteur. Nous avons vu qu'après de longues difficultés, la Cour de cassation s'était définitivement rangée à cet avis.

Mais il existe de nombreuses exceptions qu'ont créées les lois, désireuses de tromper l'examen et

voulant surtout avoir l'air de poser des exceptions au principe de responsabilité, plus qu'à celui de compétence. Comme elles sont les conséquences de lois, qu'elles engagent par suite la responsabilité législative, nous les retrouverons dans le chapitre que nous abordons maintenant.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir législatif.

CHAPITRE II. — La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir judiciaire.

C'est un point maintenant acquis, l'Etat peut causer un dommage à un individu par un acte administratif : une mesure édictée à tort ou mal comprise par l'agent, *organe* de l'Etat, engendre, par son exécution dommageable, un droit pour l'individu lésé à des dommages-intérêts. Le pouvoir administratif engendre la responsabilité de l'Etat, considéré comme puissance publique administrative.

Mais ce pouvoir qui est, sinon le plus important, du moins le plus en contact par ses rouages nombreux avec l'ensemble des citoyens, n'est pas le seul dont l'Etat ait l'exercice. Les deux pouvoirs législatif et judiciaire lui appartiennent conjointement et les manifestations de chacun d'eux sont de nature spéciale et les expressions d'organes spéciaux. Nous n'en sommes plus à discuter le principe de la séparation des pouvoirs : c'est un fait établi. Ce qu'il

importe c'est d'examiner si l'Etat, dans l'exercice de ces deux autres pouvoirs, assumera la responsabilité des dommages qu'il est appelé nécessairement à causer par la variété de ses démonstrations législatives et judiciaires ; — dans quelle mesure ; — et quelle serait alors la raison constitutionnelle, juridique ou logique de cette responsabilité.

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS L'EXERCICE DE SON POUVOIR LÉGISLATIF

L'Etat doit-il une indemnité lorsque l'application des termes d'une loi cause un dommage quelconque ?

Le droit positif français qu'établit la doctrine et la jurisprudence pose en règle qu'il n'y a pas lieu à indemnité en l'absence d'un texte législatif spécial, et qu'il peut y avoir lieu à indemnité quand la loi l'admet expressément et dans ce cas seulement.

M. Georges Teissier dans son fort remarquable ouvrage (1) auquel j'ai déjà eu, à maintes reprises, l'occasion de faire allusion, exprimant des idées déjà énoncées par Laferrière (2) et par Michoud (3) dit en effet : « *Les pouvoirs de notre Parlement, dans notre*

1. *Responsabilité de la puissance publique*. Paris, Dupont, 1905, p. 15 et suiv.

2. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., II, p. 12 et suiv.

3. Michoud, « De la responsabilité de l'Etat » (*Revue du droit public*, 1895, n. 38, p. 254 et suiv.

droit public, étant sans limite, les lois, qu'il a votées, constituent au premier chef des actes de souveraineté, et les dommages qu'elles causent aux particuliers ne peuvent, sauf disposition contraire, donner lieu à une action en responsabilité contre l'Etat, ni devant l'autorité administrative, ni devant l'autorité judiciaire. »

Il faut que le législateur, seul appréciateur de l'opportunité d'une réparation compensatrice, ait déclaré expressément l'allouer aux individus lésés par la loi.

Et le Conseil d'Etat, saisi bien souvent de questions de ce genre, l'a solutionnée ainsi ; lorsque, par exemple, on lui demandait de condamner l'Etat à des dommages-intérêts au profit d'industriels qui prétendaient subir un préjudice important du fait de lois supprimant un privilège établi, limitant, ou prohibant l'exercice d'une industrie. C'est ainsi que M. Duchâtelier, fabricant de tabac factice se prétendit lésé par la loi du 12 février 1835, qui « *interdit dans un intérêt fiscal, la fabrication du tabac factice, c'est-à-dire de toute préparation végétale pouvant faire concurrence au produit monopolisé* ». Il actionna l'Etat par devant le Conseil d'Etat qui rejeta sa demande par arrêt du 11 janvier 1838 « *considérant que... l'Etat ne saurait être rendu responsable des conséquences de lois qui dans un intérêt général prohibent l'exercice spécial d'une industrie ; que la loi du 12 février 1835, en déclarant interdite la fabrication du tabac factice, n'a ouvert aucun droit à une indem-*

nité *au profit des individus qui s'étaient précédemment livrés à cette fabrication* » (1).

Ce fut une pareille solution qui fut adoptée à l'égard des officiers ministériels qui réclamaient une indemnité se prétendant lésés dans leurs droits et leurs intérêts par les lois limitant leurs attributions, en supprimant quelquefois, et diminuant souvent leurs circonscriptions d'exercice (2).

Ce fut encore la même solution qui prévalut au sujet des servitudes d'utilité publique imposées par la loi.

Ce principe de l'irresponsabilité de l'Etat fut appliqué aux actes législatifs du gouvernement investi exceptionnellement d'une puissance dictatoriale (3).

Et cette jurisprudence s'applique aussi aux décrets-lois, qui ont le caractère de lois, aux règlements d'administration publique, qui ne sont que le résultat d'une délégation par le Parlement et ont ainsi un caractère législatif (4). Pourtant il importe de se rappeler que ce caractère est contesté par des éminents juristes (5).

1. Cons. d'Etat, Cont. Duchâtelier, Lebon, 1838, p. 7. V. aussi Mathon, 28 mai 1838, Lebon, 38, p. 106.

2. Cf. Teissier, *op. cit.*, p. 16 et 17 ; Cons. d'Etat, Cont. Payerne, 13 janvier 1865, Lebon, 65, p. 52 ; Malosse, 20 février 1885, Lebon, 85, p. 228 ; Lausac et cons., 7 août 1906, Lebon, 06, p. 775.

3. Cf. Teissier, *op. cit.*, p. 17. V. aussi Cons. d'Etat, 4 avril 1879, Lebon, 79, p. 284 et suiv. ; avoués de Bonneville, 20 février 1862, Lebon, 62, p. 133 ; Milon, 22 janvier 1863, Lebon, 63, p. 62.

4. Cf. Laferrière, *op. cit.*, II, 44.

5. Berthélemy, *Droit administratif*, 3^e édit., p. 102 ; Esmein, « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*.

C'est donc l'irresponsabilité absolue de l'Etat en matière législative qui est le principe. Il n'y a d'exception que lorsque le législateur a, dans la loi qui, par ses prescriptions, cause un préjudice de nature certaine, et dont souffre seulement un individu ou une certaine catégorie d'individus, déclaré expressément qu'une indemnité serait allouée à raison de ce préjudice. D'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Teissier (1), avec le progrès des idées de justice, les dispositions de cette nature se sont multipliées dans le cours du siècle dernier.

Ainsi firent la loi du 2 août 1872 qui attribue à l'Etat le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes chimiques ; la loi du 14 mars 1904 qui autorise la suppression des bureaux de placement *moyennant une juste indemnité*.

Et pour bien affirmer le caractère d'exception qu'il importe de donner à ces lois engageant la responsabilité de l'Etat, le législateur désigne lui-même les juridictions soient ordinaires, soient spéciales, qui seront exclusivement qualifiées pour prononcer cette responsabilité. Tantôt il institue des commissions spéciales (2), tantôt il donne compétence aux conseils de préfecture (3), tantôt il se réfère tout simplement à la procédure d'expropriation du droit com-

1. Teissier, *op. cit.*, p. 20.

2. Loi du 18 juillet 1866 sur les courtiers de marchandises, art. 10 et 14.

3. Loi précitée du 14 mars 1904, relative au placement des ouvriers et employés des deux sexes et de toutes professions, art. 11.

mun (1), tantôt enfin, dans le silence de la loi sur le mode de paiement et sur la compétence, ce seront les principes généraux qui régleront la question, c'est-à-dire que ce sera le ministre compétent à raison du service intéressé à statuer, sauf recours au Conseil d'Etat (2).

Ainsi pas d'indemnité quand pas de texte, pas de responsabilité sans exception expressément formulée et relative.

MM. Laferrière (3) et Teissier (4) posent nettement ce principe.

Deux questions se posent alors :

1° Sur quel fondement repose cette règle de l'irresponsabilité législative ?

1. Loi précitée du 2 août 1872, sur le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes chimiques, art. 3 : « *Il sera procédé à l'expropriation des fabriques d'allumettes actuellement existantes dans la forme et les conditions déterminées par la loi du 3 mai 1841. A cet effet, le ministre des Finances est autorisé à avancer la somme qui sera nécessaire pour pourvoir aux indemnités d'expropriation* ».

2. Loi des finances du 1^{er} mai 1822, art. 10, interdisant la fabrication et la distillation des eaux-de-vie dans Paris ; et Règlement d'administration publique du 11 mai 1822.

3. Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., II, p. 15-16 : « Lorsque le législateur croit devoir mettre à la charge de l'Etat la réparation des dommages causés par une loi, il lui appartient de déterminer lui-même les bases de l'indemnité, le mode de paiement et de désigner l'autorité chargée de faire faire la liquidation. Les lois d'indemnité contiennent à cet égard des dispositions très diverses.

La juridiction administrative ne peut connaître d'une action tendant à faire mettre une indemnité à la charge de l'Etat que si le législateur a lui-même autorisé cette action ».

4. Teissier, *op. cit.*, p. 20.

2° Y a-t-il pour le législateur obligation, malgré cette règle, d'allouer une indemnité en cas de dommage (obligation morale quant à sa sanction et juridique quant à son fondement) ?

*
* *

§ 1. — *Sur quel fondement repose le principe de l'irresponsabilité de l'Etat législateur*

Nous avons vu dans les chapitres précédents que la souveraineté et l'irresponsabilité sont facteurs l'un de l'autre ainsi que l'établissent la plupart des auteurs (1) ; que les trois pouvoirs, législatif, judiciaire et administratif, nettement distincts les uns des autres, sont chacun au même titre une *fonction* de l'Etat, quantité souveraine ; que, par suite, ils sont souverains.

Nous avons vu aussi, il est vrai, que cette responsabilité de principe se rencontrait à des exceptions très nombreuses qui l'absorbaient parfois ; qu'il importait, en matière administrative, de distinguer nettement les actes dits « d'autorité », à raison desquels l'irresponsabilité doit demeurer entière, absolument, des actes dits « de gestion » (2).

Mais il semble que cette atténuation qui rompt

1. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 43 ; Teissier, *op. cit.*, p. 15 ; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 293.

2. Berthélemy, *Droit administratif*, 3^e édit., p. 75-76.

l'équilibre, pour ainsi dire, entre chaque pouvoir quant à sa souveraineté, ne soit pas la seule nuance ; et la loi — ainsi que le disait fort judicieusement M. Guillois (1) — est, dans un certain sens, plus souveraine que les actes des deux autres pouvoirs, étant, au premier chef, un *acte de souveraineté*. En effet, le juge et l'administrateur ont leurs pouvoirs délimités par la loi, dans les termes de laquelle ils doivent se renfermer sous peine de voir annuler leurs actes comme illégaux, ayant excédé ou agi en dehors de leur fonction ; le législateur, lui, ne voit rien, ni personne, au-dessus de lui, du moins dans notre droit français ; sa souveraineté le rend absolument indépendant, partant *irresponsable* ; la loi ne peut être en effet ni attaquée, ni restreinte en son application ; on ne peut donc parler, semble-t-il, d'une responsabilité pécuniaire qui, dit le professeur Larnaude (2), *serait bien plus destructive de l'indépendance du législateur que l'exception d'inconstitutionnalité*.

Il ne faut pourtant pas poser cette règle de l'irresponsabilité absolue comme universelle ni comme sans appel, ainsi que nous le verrons plus loin. Les Etats-Unis d'Amérique et quelques constitutions sud-américaines (Brésil, République Argentine, Mexique), quelques Etats d'Europe (Norvège, Grèce)

1. « L'irresponsabilité de l'Etat à raison des lois », 7 février 1907 ; conférence faite et déposée à la bibliothèque de la Salle de droit public de la Faculté de droit de Paris.

2. *Cours de droit public général*, 1906-1907.

ont soumis la loi au contrôle des cours de justice et des tribunaux, il est vrai sous certaines conditions très rigoureuses. C'est ainsi que l'exception d'inconstitutionnalité que nous signalions plus haut ne peut être invoquée que dans une action en justice et en réponse (1) ; que l'Amparo (Mexique) ne peut être opposé que pour faire cesser ou même prévenir un danger imminent et dans trois cas déterminés (2). Dans tous ces cas, il y a surtout un contrôle de la loi, un frein à ses abus par le refus de son application, un recours, mais aussi une action en réparation des dommages qu'elle peut causer (Amparo).

Le fondement juridique de cette responsabilité est dans l'essence de toute constitution écrite : quand un législateur fait une loi qui dépasse ses pouvoirs, il n'est plus qu'un mandataire qui excède ses droits, il n'est plus qu'une réunion d'hommes et non un corps législatif. Quand on adopte dans un pays une constitution écrite, repousser ce principe de responsabilité est une inconséquence et un barbarisme de logique ; la constitution ne serait pas plus qu'une autre loi. Il faut qu'elle lui commande : simple question de moralité politique.

Au contraire avec une constitution coutumière, comme celle de l'Angleterre, la règle américaine ne

1. Larnaude, *Cours de droit public général*, 1905-1906 ; Bryce, *La République américaine*, I, p. 507 et suiv.

2. Ces trois cas sont : « la violation des garanties individuelles ; celui où une loi ou un acte des autorités fédérales blesserait ou restreindrait la souveraineté des Etats ; celui où une loi ou un acte des Etats envahirait la sphère des autorités fédérales ».

se comprendrait pas. Tout le texte constitutionnel se modifie incessamment dans ce pays et sous des causes multiples ; il dépend du Parlement souverain et ne lie pas celui qui lui succède.

Le principe de dépendance du législateur à l'essence supérieure quoiqu'idéale du « Droit » écrit dans la constitution, « *de responsabilité* », trouve donc naturellement sa place dans toute constitution écrite. Pourtant on ne la rencontre pas en France ; pourquoi ?

En Amérique, il y a un précédent, un germe : quand l'Amérique était sous le régime de la subordination anglaise, les chartes coloniales limitaient les pouvoirs des Parlements locaux et lorsque naissaient un conflit grave, on supprimait la charte ou bien la Couronne annulait d'un trait la loi qui violait la charte. Un procès pouvait aboutir à l'inapplication de la loi et l'appel était toujours possible devant le conseil privé de Londres. Depuis le principe s'est maintenu et plus tard s'est étendu aux lois d'Etat.

En France au contraire, dès l'origine, le pouvoir royal était en lutte contre les prérogatives administratives des Cours souveraines ; ce qui amena la Révolution à la proclamation solennelle de la règle de la séparation des pouvoirs, règle dirigée contre le pouvoir judiciaire et exprimée dans le décret des 16, 24 août 1790 et dans l'article du Code pénal (1).

1. Esmein, « L'organisation judiciaire par la Constituante », *Cours d'histoire du droit*, 1903-1906.

Dans les autres pays d'Europe, ce furent les idées émises par la Révolution française qui inspirèrent leurs constitutions créées ou renouvelées.

Ainsi, d'une part, dans les pays d'Europe où le législateur est entouré d'une certaine auréole qui a, malgré ses origines, une étrange déteinte de droit divin, nous nous heurtons à la règle de l'irresponsabilité absolue de l'Etat législateur. D'autre part, en Amérique, nous rencontrons le principe de sa responsabilité et l'application de ce principe, la possibilité d'une action en indemnité dirigée contre l'Etat pour réparation de dommages causés par une loi (1).

Est-ce à dire que notre tempérament se refuserait à la reconnaissance de la responsabilité législative ? Pourquoi ne pourrions-nous pas affirmer au contraire que tout dommage résultant d'un acte législatif a droit à réparation, assimilant ainsi le propriétaire d'un droit industriel ou autre auquel on enlève l'exercice de ce droit au propriétaire d'un immeuble exproprié ? Pourquoi admettre ici l'expropriation avec indemnité et là, l'expropriation sans indemnité, sans compensation ? Que les conditions de garantie d'expertise qui sont admises, parce que raisonnables, pour l'une, soient aussi de rigueur pour l'autre et nous nous trouverons en face d'un même fait !

Mais il faudrait une réforme constitutionnelle, ou

1. Jacquelin, *op. cit.*, p. 293-294 ; Michoud, *op. cit.*, IV, p. 253.

peut-être seulement une interprétation souveraine et réformatrice de la jurisprudence actuelle par les juridictions compétentes. Le principe semble donc, en effet, certain, chez nous de l'irresponsabilité du législateur si celui-ci ne proclame pas lui-même et pour chaque espèce l'acceptation de sa responsabilité. Il faut donc un texte pour que tel industriel exproprié de son droit d'industrie soit indemnisé.

§ 2. — *Le législateur est-il obligé de fixer chaque loi dont l'application cause un préjudice certain, le principe d'une indemnité spéciale et compensatrice ?*

L'indemnité, avons-nous dit, ne pourra être accordée que sur déclaration expresse de la loi ; il appartiendra donc au législateur d'étudier attentivement chaque cas, afin de ne point se tromper dans la portée du préjudice réel ou nul qu'il apportera. Les discussions qui s'élèvent au sein des Chambres, au sujet de chaque loi de ce genre, sont alors les plus puissants moyens qui nous soient procurés pour connaître les différentes doctrines, parfois intéressantes, dont nos parlementaires se font les orateurs. Et c'est particulièrement, à une époque toute récente, au sujet du projet de loi sur l'interdiction de l'emploi de la céruse qu'il fut donné d'entendre un débat de grande envergure, — débat qui reviendra bientôt — entre plusieurs députés, partisans de l'indemnité nécessaire, et M. Viviani, depuis quelques

années déjà le « leader » du principe de l'irresponsabilité législative.

En butte depuis de longues années à des attaques vives (depuis 1780 !) la céruse fut, ces derniers temps, le prétexte d'une campagne de presse assez violente. Des délégations de travailleurs atteints de maladies incurables et affreuses causées par les émanations des composés du plomb, et leur intoxication par absorption, furent présentées en navrantes théories chez les différents ministres, et par les soins d'un journal du matin.

En 1902, le Comité consultatif des arts et manufactures, déposa un projet de décret qui fut soumis au Conseil d'Etat, lequel présenta des objections d'ordre juridique et déclara que l'introduction des clauses de *prohibition* dans le règlement d'administration publique n'était aucunement autorisé par les termes de la loi du 12 juin 1893 sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels. Le 28 juillet 1902 parut un simple décret de réglementation. Le 30 octobre de la même année fut déposée sur le bureau de la Chambre un projet de loi énergique interdisant dans les délais d'un an (art. 2) et de trois ans (art. 3) l'emploi de la céruse dans tous les travaux de peinture à l'intérieur des bâtiments : ce projet de projet de loi prévoyait que des règlements d'administration publique pourraient si cela était nécessaire, étendre cette interdic-

tion aux travaux à l'extérieur et à tous les produits à base de plomb (1).

Le 30 juin 1903, la Chambre adopta ce projet avec de très légères modifications, et repoussa par 405 voix contre 92 le principe de l'indemnité qu'avait posé M. Beauregard, député de la Seine, et professeur à la Faculté de Paris.

Le projet alla ensuite au Luxembourg ; une commission spéciale fut nommée qui se livra à une enquête approfondie. M. Treille, rapporteur, lorsque fut appelée la discussion, en demanda le renvoi jusqu'à ce que fussent achevées certaines enquêtes alors en cours et qui pourraient avoir pour résultat d'étendre à tous les composés du plomb une réglementation proposée, très simple et qui serait suffisante, d'après lui, pour combattre les effets du « Saturnisme » *pas si dangereux que cela !*

A la suite des élections triennales, M. Treille fut remplacé par M. Pedebidou qui fit adopter par la Commission le projet adopté par la Chambre mais aux termes duquel était en outre compris le principe de l'indemnité. La discussion des articles vint et quand fut abordé celle de ce principe M. Viviani monta à la tribune et s'opposa violemment au principe de l'indemnité législative.

D'après lui, il ne peut y avoir lieu à indemnité que

1. Se reporter à l'historique détaillé dans le rapport de M. Pedebidou au Sénat (Annexe 282, 1906), et dans le rapport supplémentaire fait à la Chambre le 28 mai 1903 par M. Jules-Louis Breton (Chambre des députés, 8^e législature. Impressions, n^o 941).

lorsqu'il y a expropriation. Or le présent projet, dit l'honorable député, a pour effet seulement de porter atteinte à certains modes d'exploitation et de convier par là les industriels à modifier leur outillage. « Toutes les fois que l'Etat exproprie des citoyens et qu'il s'apprête non seulement à accaparer le bien de ces citoyens, mais à jouir des profits engendrés par eux... il doit indemniser ; c'est ce qu'il a fait lors de l'expropriation des fabricants d'allumettes. Mais lorsque l'Etat poursuit dans l'expropriation, non pas l'exercice de son droit, mais l'accomplissement d'un devoir, lorsqu'il s'apprête non pas à accaparer un bien pour jouir de ses profits, non pas à créer un monopole dont il sera bénéficiaire, non pas à créer un service dont bénéficiera la collectivité, mais à détruire au nom de l'intérêt public, pour l'hygiène publique et pour la sécurité générale une propriété parce qu'elle est la source d'un fléau, la source d'un mal... » il ne peut s'agir d'indemnité.

Mais, ainsi que le remarquait M. Guillois dans la conférence à laquelle je faisais allusion plus haut, l'Etat est toujours censé n'exproprier, ou plus largement n'*agir* que dans l'intérêt public et c'est dans cette formule qu'on trouve la seule explication à ses privilèges, son devoir étant la limite de ses droits.

D'ailleurs il faut reconnaître que le législateur s'est souvent et étrangement écarté de la distinction posée par M. Viviani. Certes la loi précitée du 18 juillet 1866 sur les courtiers de marchandises, et celle du

14 mars 1904 sur les bureaux de placement se conformait évidemment au principe de l'intérêt public, détruisaient par l'abolition de certains privilèges la *source d'un mal* au même titre sinon de la même manière que la loi proposée sur la suppression de la céruse. Pourtant ces deux lois admettaient, en l'établissant, le principe de l'indemnité.

J'entends bien que M. Viviani s'appuyait sur des précédents législatifs importants : la suppression de la fabrication des vins de raisins secs, de la saccharine, l'obligation d'entrepôt. Mais il argumentait surtout d'autre façon :

L'Etat peut agir souverainement quand il s'agit de la salubrité, de l'hygiène, de la sécurité publique ; et faisant un peu de législation comparée — ce qui, à mon sens, n'a jamais rien prouvé en vertu d'un adage certain : « Autres pays, autres mœurs, autres nécessités » — l'honorable député rappelait à la Chambre, après M. Breton, la campagne faite en Allemagne. Dans ce pays en effet plusieurs ordres du jour avaient été déposés dès 1879 pour interdire l'emploi du phosphore dans la fabrication des allumettes, le chancelier fit étudier la question par une autorité compétente. Celle-ci se déclara contre l'interdiction qui aurait eu pour l'industrie des conséquences funestes et irréparables et se contentait de donner au gouvernement des instructions pour l'exploitation hygiéniques des fabricants d'allumettes. Survint la loi du 13 mai 1884 ; le rapporteur du projet de loi au Reichstadt, M. Henri Zehnter combattit

l'amendement proposé de verser une indemnité aux industriels expropriés (1). Et M. Viviani rappelait les paroles de M. Posadowsky Wehner, secrétaire d'Etat : « Personne n'a le droit de pratiquer une industrie au détriment de la vie et de la santé de son prochain, surtout lorsque l'objet fabriqué ne représente pas une nécessité ou peut être fabriqué d'une autre façon inoffensive ». Le canton de Vaud, en Suisse, a supprimé, en 1907, et sans indemnité, l'usage de l'absinthe.

Et puis en fin de compte M. Viviani en revenait toujours à ce qu'il appelait son *argumentation juridique* (?) Y a-t-il ou non expropriation ? Il n'y a pas dans le cas actuel d'expropriation mais seulement atteinte à certains modes d'exploitation de la céruse. Cette mesure d'ailleurs, ajoutait-il, n'est faite pour surprendre personne : les entrepreneurs sont prévenus depuis longtemps (2), et la loi par la durée de trois années qui sépareront sa promulgation de son application donne aux cérusiers un temps plus que nécessaire pour renouveler leur outillage afin de substituer la fabrication du blanc de zinc à celle du blanc de plomb (3).

1. 10^e législature, 2^e session, 1900-1903 ; Rapport 923 des *Documents parlementaires* du Reichstadt.

2. Le projet de loi avait été déposé sur le bureau de la Chambre dès 1902 et la question était en suspens depuis 1879.

3. Pourtant une objection s'impose à cette affirmation. Il ne faut pas prétendre que parce que, depuis un temps plus ou moins long, on parle de suppression possible, cela suffise ! « Comment arriverez-vous, disait par-devant la Commission M. Expert-Bezançon, à con-

Enfin le leader socialiste tout en combattant le principe dans le passé n'oublie pas l'avenir. Il en coûterait trop cher d'imposer cette obligation à toutes les réformes sociales nécessaires : ce serait les rendre impossibles en leur faisant payer, avant qu'elles profitent, un tribut bien lourd pour le budget.

Le regretté sénateur Ponthier de Chamaillard, qui quelques jours avant sa mort (1) me rappelait en me documentant les phases qu'il avait activement suivies de cette lutte, combattit, en l'absence du rapporteur, la thèse du ministre du Travail actuel. Il montrait que ce n'est pas arrêter le cours des réformes sociales nécessaires que d'en entourer les applications de toutes les garanties indispensables à leur impartialité. M. Guillier et surtout M. Brager de la Villemoisan abordèrent bravement le terrain juridique et réclamèrent pour l'Etat l'application de l'article 1382 C. civ. Ce n'est pas au Parlement qui a fait la loi, qu'il appartient de la violer dans les rapports de l'Etat avec les citoyens. « Dans le cas, disait M. de la Villemoisan, où les intérêts particuliers sont lésés par le fait de l'Etat, j'estime qu'il doit y avoir lieu à indemnité tout aussi bien que dans les cas où ils sont lésés par le fait de citoyens ; sans cela il faudrait

vaincre quelqu'un en possession de tous ses biens et de tous ses droits qu'il commence à être exproprié parce qu'il y a pas mal de temps qu'on lui en parle ?... » Et l'exclamation ne manquait pas d'un profond bon sens.

1. M. Ponthier de Chamaillard est décédé en mars 1908.

proclamer que l'Etat est au-dessus des lois dont l'application est à sa charge ». C'est le résumé de la théorie civiliste.

Enfin M. de Chamillard revenant à la tribune proposait pour l'appréciation saine et sans passions du montant de l'indemnité la compétence du tribunal civil. C'était là une innovation tout à fait curieuse, et qui n'a pas été assez remarquée.

Mais la discussion de cette loi ne se débarrassa pas de tout caractère politique. « L'interdiction de l'emploi de la céruse sans indemnité, l'expropriation gratuite des *patrons* aurait été une victoire socialiste contre les *employeurs* (1) ».

Quoiqu'il en soit, le principe de l'indemnité proposé par la Commission fut adopté par 159 voix contre 105.

J'ai exposé volontairement en ses détails cet intéressant débat parce qu'il est le plus récent — le seul, même — où ait été vraiment entamé, sans qu'on ait osé le nommer, le principe de l'irresponsabilité législative et j'ai eu bien soin de faire le moins de place à la question spéciale de la céruse. Qu'en pouvons-nous déduire?

Il semble qu'on doive mettre à la charge du législateur l'obligation d'indemniser tout droit qu'il lèse; et tout de suite, je voudrais qu'on prête attention au mot « droit » que j'entends formuler en critérium; l'intérêt d'un tiers lésé ne me semble pas

1. A la Chambre (30 juin 1903), M. Breton ne fit-il pas appel à la « Chambre Républicaine » ?

suffisant à mettre en échec une mesure édictée en vue d'un intérêt général et dont cet intérêt général doit retirer tout le profit; seul le droit d'un citoyen peut être posé en face de l'intérêt général, disons même d'un *droit général*.

On prétend cependant que la loi est au-dessus du droit, car elle est souveraine, étant une disposition par voie générale et abstraite qui ne peut, en elle-même, causer préjudice à un individu déterminé parce qu'elle est un ordre indiscutable de l'Etat, essence quantitative au-dessus des citoyens, n'entrant pas en relations avec les individus (1). Il ne peut y avoir de conflit possible entre la collectivité et l'individu, le droit de l'individu étant une pure hypothèse (2).

Ces affirmations nous ramènent à l'objet même de la discussion : la nature, la qualité de l'Etat, afin d'établir le principe de sa responsabilité (je ne saurais y revenir). Elles ne font pas de l'Etat législateur un être ou une chose distincte de l'Etat administrateur; elles n'apportent pas d'arguments spéciaux à notre question, sinon que la loi est une mesure d'intérêt général. Mais c'est une bien mauvaise raison : il est des lois d'intérêt limité, parfois même particulier; il est aussi des actes administratifs faits en forme, en vertu de lois et auxquels toute la doctrine s'accorde à reconnaître le caractère des lois.

1. Duguit, *Droit constitutionnel*. Paris, Fontemoing, 1907, p. 667 et 1113.

2. Duguit, *L'Etat*. Paris, Fontemoing, 1904, p. 12.

Faudrait-il exclure les uns et les autres du champ de la responsabilité, sous le prétexte que les uns ne sont pas lois proprement dites et les autres des mesures d'intérêt général ? Cela est impossible, et cela n'a jamais été admis.

Si vous reconnaissez qu'une loi d'intérêt particulier ne peut léser un droit quelconque sans ouvrir *de plano* un droit à indemnité réparatrice, pourquoi ne pas l'admettre pour un loi d'intérêt général ? C'est faire une distinction absolue entre deux lois, et cela aussi et surtout est impossible ! Et c'est ainsi que l'on doit interpréter, ce nous semble, la doctrine de M. Duguit : « *La loi est la déclaration du droit* (1) ; *quand la loi pose une règle, cette règle est de droit et s'impose à tous les intérêts* ». Soit ! mais peut-on dire qu'elle s'impose à tous les droits ? Il est certain qu'une loi abroge une autre loi précédente et en supprime les effets contradictoires ; que certains droits établis à l'abri de la première s'effondrent avec elle puisqu'ils n'auront plus de fondement légal ; ils ont acquis pourtant une « *possession d'état* ». Mais si une loi peut en remplacer une autre, où puise-t-on la règle qu'un droit — même général — en éteint un autre ; *a fortiori*, qu'un simple *intérêt* — même général — éteindrait un *droit* particulier ? Un droit se suffit à lui-même et ne fait que se tempérer dans son

1. M. le professeur Algrave répète bien souvent : « La loi c'est le droit qui dure depuis un certain temps ; la loi c'est la confirmation du droit », *Cours de science financière*, 1903-1906.

application par les droits analogues et voisins : c'est la base de toute la vie sociale.

Seulement on prend prétexte de la sécurité publique, droit général, et l'on indique la phrase du ministre allemand : « *Personne n'a le droit de pratiquer une industrie au détriment de la vie ou de la santé de son prochain* ». Bien entendu ! Mais encore est-il qu'il faut que cette insécurité soit prouvée, qu'il l'ait créé en connaissance de cause, volontairement délictueuse, et qu'il l'ait fait en dehors des lois, illégalement ; sans cela il est dans son droit ; et il n'est pas une industrie supprimée par une loi qui n'ait été établie avec le concours tacite, sinon d'une autre loi, du moins *de la Loi*. Prenons la céruse : Jamais, même longtemps après son utilisation industrielle, une loi n'est venue en interdire la fabrication ou l'emploi ; ce n'était pas le produit d'une industrie insalubre aux termes des lois générales de salubrité et d'hygiène ; les prescriptions générales d'inspection, de réglementation du travail, etc., s'appliquant à elle lui reconnaissait *son droit* à vivre, la légalisait ; le droit de l'industriel cérusier s'est donc créé et affirmé sous la protection de toutes les lois ; il s'est matérialisé même, puisque son exercice était pour l'industriel la source de profits légitimes. Et c'est ce droit qu'une loi nouvelle prétendrait supprimer d'un trait ? Mais, ce faisant, il est indiscutable qu'il y aurait véritable expropriation — et c'est là que l'intérêt général suffirait (1) — donnant source par sa

1. Cet intérêt général devrait être prouvé, établi sans conteste ; et

nature même à l'indemnisation de l'industriel exproprié, et ce, dans la mesure égale strictement à ce qu'il avait acquis à juste titre et de bonne foi ; on appréciera son droit, on le convertira, on le monétisera, *mais on ne le supprimera pas*.

Il n'est point besoin de dire que l'industriel ne devra pas profiter de cette mesure ; il ne pourra pas, par exemple, installer fictivement, et en vue de l'expropriation à laquelle il saura être exposé, tout un matériel qu'il ferait payer très cher à l'Etat et revendrait après au-dessous du prix. La matière de l'expropriation prévoit déjà ces fraudes et les prévient (1) ; les enquêtes, dont résultent les fixations d'indemnité, indiqueront, dans tous les cas, les origines suspectes ou non des matériaux, sauront, faites par des experts compétents, si le matériel devient, par l'application de la loi, hors d'usage absolument ou partiellement, s'il aurait pu être simplement changé, modifié en vue de la nouvelle industrie. Et l'honorable M. Viviani insiste bien, lorsqu'il

c'est, partant de cette idée, que le docteur Tardieu, dans un rapport déposé en 1853, proposait une réglementation qu'il estimait nécessaire, mais qu'il jugeait suffisante ; et la preuve qu'une réglementation est suffisante est dans le décret que fit signer M. Viviani, ministre du Travail, le 22 avril 1908, prescrivant des mesures d'hygiène dans les industries où le personnel est exposé à l'intoxication saturnine.

1. L'article 52 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit expressément le cas où le jury estimerait que les constructions, améliorations, etc., auraient été faites dans la vue d'obtenir une indemnité plus élevée. Le jury est alors souverain juge de l'indemnité à accorder.

discute le projet de la loi sur la céruse, sur ce fait que l'industrie ne sera pas supprimée mais qu'on lui donnera une autre direction.

Mais alors si c'est un argument pour repousser le principe de l'indemnité que l'obligation où est le législateur de rechercher chaque fois qu'il le pourra à utiliser l'industrie visée, c'est bien affirmer qu'au cas où l'industrie sera supprimée *absolument* (monopole pour l'Etat, par exemple, d'une industrie libre), il y a lieu à indemnité. Je ne vois pas très bien le critérium, le point de séparation entre la suppression et l'utilisation ; que dire de la suppression partielle ? N'est-ce pas alors qu'on pourrait proposer une distinction analogue à celle que fit autrefois, et non sans succès, la Cour de cassation entre les dommages permanents qui équivalaient à l'expropriation et les dommages temporaires. Et tient-on compte, au cas de suppression seulement partielle des éléments de l'ancienne industrie, du préjudice que subit l'industriel, préjudice certain de même nature qu'au cas de suppression totale, préjudice réel et dont il ne pourra recouvrer l'équivalent par l'utilisation de l'autre partie de son matériel ?

Car enfin — et c'est une troisième observation — M. Viviani et les partisans de la doctrine qu'il expose, en réclamant le rejet du principe de l'indemnité « *pour ne pas faire payer un tribut trop lourd aux réformes sociales désirées* » (plutôt promises) font la distinction du *droit* et du *devoir* de l'Etat : lorsque l'Etat ne fait qu'user de son droit, et lèse, ce faisant, il doit récom-

pense ; lorsqu'il use de son devoir, de sécurité par exemple, il est souverain irresponsable.

Exagérons cet argument : lorsque *l'intérêt général* — mais seulement l'intérêt — est en cause, on peut discuter ; lorsque c'est *le droit général*, il n'y a pas matière, il ne peut y avoir lieu à indemniser un droit particulier : lésés ou non les droits particuliers n'ont aucun titre à valoir en face du droit général.

Je suis tout à fait d'avis — et cela me sépare de beaucoup d'auteurs et de la théorie de M. Guillois — que *l'intérêt* d'un seul ne peut être suffisant pour contrebalancer la nécessité et les effets du droit général ou même de l'intérêt de la masse, de la société qui est supérieur à l'intérêt particulier. Mais je prétends que le droit général, à plus forte raison, que l'intérêt général ne peut, ne doit en aucune manière prétendre à absorber un droit particulier quelque'il soit. La notion même du droit qui, d'après certains, *crée la loi*, implique bien que chaque droit a une existence propre, légale, juridique et constitutionnelle. Le droit d'autrui tempère l'effet du droit mais ne l'annihile point ; au contraire c'est la présence de droits opposés, forces de même nature, qui expriment la puissance égale de chacun de ces droits et en déterminent la mesure. Or qu'un droit soit la somme des droits de plusieurs individus, de *tous* les individus d'une collectivité, qu'il soit *droit général* ou qu'il soit l'unité qualitative d'un seul, c'est toujours un droit avec les mêmes attributs, ni moindres ni supérieurs. Et, comme je le disais, si l'intérêt du droit général

affirme la suppression nécessaire de telle ou telle expression d'un droit particulier, c'est au législateur qu'il appartient de susciter chez ce droit, de forcer même s'il y a lieu, une expression différente de ce droit. Prêtant la main à la modification, et cela autant qu'il est nécessaire, soit matériellement, soit pécuniairement mais toujours en compensation et dans la mesure exacte du préjudice causé, la loi déplace le droit, le convertit en nature ou en espèces, mais *ne le supprime pas*.

Et voilà, mais voilà seulement, la justice ; rien dans cette manière d'agir n'ira contre les droits ou les intérêts de chacun ou même du Trésor¹ : la suppression de l'industrie visée servira nécessairement à l'intérêt général puisque c'est en vue de cet intérêt qu'aura été votée la loi — à l'intérêt de quelques-uns, car il s'en trouve toujours pour profiter directement des effets d'une loi, ne seraient-ce que les étrangers ! alors des taxes intelligentes récupéreront sur eux, à bon droit, puisque leur profit se crée au préjudice des autres, ce que le Trésor pourrait y perdre en indemnisant les industriels lésés (1).

En résumé, et sans qu'il y ait lieu d'attacher aux précédents une importance qu'ils ne sauraient avoir en leurs contradictions, le droit positif français exige un texte exprès annexé à chaque loi pour fonder la

1. Avant la Conférence de Bruxelles, l'Etat payait ainsi les primes à l'exportation du sucre en en imposant la consommation. — M. Gourju, sénateur, avait fait une proposition analogue lors de la discussion.

déclaration de la responsabilité de l'Etat législateur, mais il n'est pas hostile à l'*obligation* pour celui-ci même de fixer le fondement de cette responsabilité lorsqu'un article de la loi causera à un particulier ou à une catégorie particulière d'individus un préjudice quelconque.

Partant de là, lorsque le législateur aura, malgré l'évidence d'un dommage certain, conséquence d'une loi, omis volontairement ou non, de donner prise, en se taisant, à une action en réparation, il me semble qu'étant donnée la nature expropriatrice — partielle ou totale, peu importe — de ce dommage, les tribunaux compétents pour connaître de l'expropriation, c'est-à-dire les tribunaux civils statuant sur la nature et l'importance de ce préjudice, auront à fixer la somme de dommages-intérêts à laquelle sera condamné l'Etat, vis-à-vis du tiers lésé (1).

Mais alors un obstacle : si vous déclarez compétent en la matière le tribunal civil — qui de cette façon condamnera l'Etat, considéré comme personne publique — vous posez une règle anticonstitutionnelle ? Du tout, j'ai exposé que l'Etat ne pouvait être *personne* privée ou *personne* publique dans ses attributions ordinaires. Les tribunaux administratifs sont pour connaître de tout ce qui se rattache aux actes des fonctionnaires, *organes* de l'Etat ; — mais le législateur n'est pas un fonctionnaire, n'est pas un

1. Il n'y aura pas là appréciation, interprétation d'un règlement, d'un acte administratif, mais simplement exécution. Y a-t-il ou non dommage ? Qui l'a causé ? Donc pas de conflit possible.

organe, c'est une *force* subjective de l'Etat, égale à l'Etat lui-même, force qui est l'Etat lui-même d'essence humaine (1), collectivité de citoyens, et non supérieure et étrangère à eux. Dans l'espèce il y a conflit entre *les* citoyens, l'Etat et *un* citoyen de l'Etat : les tribunaux civils en connaîtront donc à bon droit.

1. « Le législateur est homme », Montesquieu (*Esprit des lois*, XXIX, ch. XIX et IV ; *Œuvres*, V, p. 383 et 414).

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS L'EXERCICE DE SON POUVOIR JUDICIAIRE

L'Etat rend la justice, au nom de la collectivité qui l'a investi de ce droit. Il la rend au même titre qu'il fait les lois ou qu'il ordonne une mesure administrative : le jugement, la loi, la mesure administrative sont des actes administratifs d'une nature différente : ils expriment les trois façons dont l'Etat exerce la puissance publique.

Nous avons vu que l'on devait poser le principe de la responsabilité de l'Etat à l'occasion d'un préjudice né de l'exercice soit de ses actes d'administration proprement dits, soit de ses manifestations législatives. Lorsqu'un jugement, une décision de justice cause un dommage, l'Etat et ceux qui exercent la justice en son nom doivent-ils être considérés comme responsables de la même manière ?

En matière judiciaire, l'irresponsabilité paraissait être jusqu'à hier le principe absolu (1) ; aujourd'hui,

1. C'est l'application du principe latin : *Res judicata pro veritate habetur*.

ce principe souffre une exception, mais il est encore le principe admis et que nous allons combattre, sinon avec détails — le développement de notre travail ne peut nous le permettre — du moins avec conviction, et par voie de conséquence aux théories que nous avons déjà posées.

L'irresponsabilité des fonctionnaires chargés de rendre la justice est absolue, et logique, puisque, dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont les porte-paroles de la Collectivité-Etat, en sont les organes dont l'ensemble seul compose l'Etat. Les magistrats sont, il est vrai, passibles de poursuites dans certains cas expressément prévus par les articles 173 et suivants du Code pénal (concussion, déni de justice, etc.).

Mais leur responsabilité n'existe que dans ces cas seuls, quelque soit le résultat du procès ou l'importance de leur faute. Et encore faut-il, pour les poursuivre, une autorisation spéciale ! Le décret du 12 décembre 1870, qui a supprimé le privilège de l'autorisation, aurait dû, semble-t-il, s'étendre à cette espèce ? Non pas. Le décret de 1870 n'a pu raisonnablement, sans prononcer le mot « juges », faire disparaître d'un trait les théories juridiques exprimées dans nos codes ; et l'on doit en effet préserver le magistrat contre la rancune des justiciables. De même que l'administrateur qui fait un acte irrégulier n'encourt pas de plein droit la responsabilité personnelle, de même le magistrat qui rend une décision

erronée ne tombe pas sous le coup de la « prise à partie » (1).

Quant à l'acte judiciaire dommageable, il paraissait qu'il ne put donner naissance à réparation. Pourtant il est indéniable qu'il peut causer, surtout en matière pénale, un préjudice matériel et moral : la condamnation d'un innocent, par exemple — sans qu'il y ait à analyser s'il y a eu ou non faute du juge. Il y a dommage : cela suffit pour qu'il doive y avoir lieu à réparation.

Les législations étrangères n'ont pas hésité à admettre — dès le premier jour où l'on discuta dans cet ordre d'idées — l'allocation d'une indemnité en cas de condamnation, d'arrestation, de détention préventive injustifiée. Notre législation s'est bornée à reconnaître la responsabilité de la puissance publique dans le seul cas d'innocence reconnue après revision : lois des 8 juin 1895 et 1^{er} mars 1899.

Comme on le voit, c'est une solution très récente et surtout infiniment restrictive d'autant plus que les cas de revision sont soumis à des conditions limitativement déterminées.

Le titre de la loi indique son but : « Sur la revision des procès criminels et correctionnels et sur les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires », art. 443 et suiv. du Code d'instruction criminelle (2).

1. Trib. confl., 2 avril 1881, Catra ; 5 juillet 1884, Vimont ; 18 février 1893, Tubeuf ; 24 novembre 1894, Saffroy.

2. V. Dalloz, *Codes annotés* : C. d'inst. crim., art. 443 et suiv. ; Fuzier-Herman, *vo Revision*.

Mais il importe de dire à l'avantage des légiférants que la Chambre et le Sénat eurent les échos de discussions, et les exposés de théories, sinon étendues, du moins nombreuses, au sujet d'une plus large application d'une responsabilité publique.

C'est ainsi que les amendements Bovier-Lapierre, de Ramel et Pontois réclamaient le bénéfice d'une indemnité pour ceux qui, reconnus innocents, avaient été acquittés, ou qui, simplement poursuivis, bénéficieraient d'un non-lieu.

« Toute personne poursuivie pour crime ou délit et acquittée, toute personne arrêtée préventivement sur l'inculpation de crime ou délit, dont l'instruction sera clôturée par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, *aura la faculté* de demander une indemnité qui *pourra* lui être accordée dans les cas suivants :

1° Quand une autre personne aura été définitivement condamnée pour le même fait ou ne pourra plus l'être, conformément au deuxième alinéa du § 3 de l'article 443 ;

2° Dans les cas prévus par les §§ 3 et 4 de l'article 443, pour faux témoignage ;

3° Quand il résultera de la décision mettant fin aux poursuites que le fait ne constitue ni crime, ni délit.

L'action sera introduite dans les trois ans du jour où le fait générateur du droit aura été connu de l'intéressé, sur simple requête adressée à M. le Prési-

dent du Tribunal ou de la Cour du lieu où l'arrestation se sera produite. »

La Chambre émit un vote favorable à cette thèse le 7 avril 1892

Le projet de revision et ceux issus de ces amendements passèrent au Sénat, dont la Commission n'accepta que le projet relatif à la revision. Lors de la discussion, deux partis se formèrent. Le premier, dont M. Guérin et M. Antonin Dubost, alors garde des sceaux, se firent les interprètes, préconisait la proposition de la Commission : « Les jurés, dit M. Guérin, ne déclarent pas innocent, mais non-coupable ». Mais M. Béranger présenta contre cette thèse un réquisitoire admirable, et l'honorable sénateur fonde justement le principe d'une responsabilité sur les arguments que nous nous sommes efforcés d'imposer jusqu'ici : « La doctrine du Conseil d'Etat, dit-il, est dans ce principe que lorsqu'un acte confine à la souveraineté ou se confond avec elle, il ne peut entraîner de responsabilité civile. Il convient de protester avec énergie contre un principe semblable. Il n'est pas possible que si une faute sociale a été commise, si ce sont des agents nommés par l'Etat et le plus souvent révocables par lui qui ont été les instruments de sa faute, il n'est pas possible, dis-je, que l'Etat qui représente la souveraineté et qui répond de ses agents, ne soit pas déclaré pécuniairement responsable. On demande : où est la faute de l'Etat ? Il n'y a ni faute de volonté, ni faute d'impuissance. Mais il y a faute : la société ayant

accepté de rendre la justice, dans la plénitude de ce devoir, doit le remplir à l'abri de toute critique, et dans l'absolu de l'idée de justice, exempte de toute erreur, de toute conséquence qui ne serait pas le rachat d'une faute sociale ».

Nous ne pensons pas que la faute soit un élément nécessaire de la responsabilité de l'Etat, pas plus en matière judiciaire qu'en toute autre. Le dommage est générateur du droit à réparation.

Et M. Moullet présentait d'une façon originale cette observation : « Du moment, disait-il, qu'on saisit, dans les cas où l'on admet la responsabilité, les tribunaux civils, c'est qu'il s'agit de faire reconnaître un droit. Les tribunaux ne sont pas des bureaux de bienfaisance et ne sont pas dispensateurs d'indemnités gracieuses : ce serait alors l'administration qu'il faudrait intéresser ! »

Pourtant, objecte-t-on, lorsqu'il y a un délit, l'Etat *doit* agir, il faut qu'il agisse dans l'intérêt de la vérité, c'est-à-dire de tous ; et alors il ne peut répondre des lésions qu'il fait en vue de cet intérêt. Qu'importe le moyen ?

Nous avons déjà répondu longuement à cette objection qui a d'autant moins ici sa raison d'être que poussée à l'extrême elle devrait s'appliquer aussi dans *tous les cas*, même ceux que prévoit la loi sur la revision.

Et le Sénat vota le texte de la Commission. Nous ne croyons pas qu'il soit définitif. L'idée de responsabilité fait heureusement trop de progrès ; c'est

aussi trop une idée de justice même pour qu'elle ne pénètre pas l'application du troisième pouvoir de l'Etat.

Nous n'avons pas voulu entrer dans des argumentations parce qu'elles seraient les répétitions inutiles — nous pensons — de celles que nous avons déjà présentées.

Il n'est pas de dommage — exclusif de toute faute — duquel l'Etat ne soit absolument responsable. La collectivité ne peut — même au profit d'un intérêt ou d'un droit général, prétendu supérieur — léser le droit ou l'intérêt d'un tiers. Que ce droit soit celui de la liberté ou celui de la propriété, il n'y a pas à faire une distinction qui serait presque à l'avantage même du premier, le plus méconnu cependant dans notre législation.

Nous avons commencé par assimiler l'acte judiciaire à l'acte législatif. C'est une confusion volontaire : l'acte législatif est impersonnel, général : la loi n'a pas été faite *contre quelqu'un* ; le dommage ne peut donc pas être direct, mais par ricochet. Et nous avons adopté la solution d'une responsabilité de principe.

A plus forte raison, n'est-ce pas, quand il s'agit d'un acte judiciaire, qui, lui, est personnel. C'est un argument simple mais logique en faveur du principe que nous posons (1).

1. M. Larnaude fait cette distinction et en tire cette conséquence dans l'observation que nous avons déjà citée (*Bulletin*, janvier 1896, p. 9 et suiv.).

APPENDICE

L'ÉTAT, PERSONNE PRIVÉE. GESTION. DOMAINE PRIVÉ RESPONSABILITÉ DE DROIT COMMUN

Avant d'abandonner l'étude de la responsabilité de l'Etat, considéré comme puissance publique, et afin de la compléter, peut-être, il nous paraît intéressant de dire quelques mots de la responsabilité de l'Etat, considéré comme personne privée.

Nous rappelions, en effet, au début d'un précédent chapitre que l'Etat est chargé, à côté des intérêts publics, d'intérêts privés. Les droits qu'il exprimera dans l'exercice de cette charge ne seront-ils pas de même nature que ceux des particuliers de droit commun qu'il substitue, identiques à eux ; ne seront-ils pas les mêmes droits ?

Ces droits s'exerceront sur des biens capables d'être possédés ou gérés par des particuliers ; nous le disions précédemment, des mêmes biens ne peuvent être, suivant qu'ils sont possédés par l'Etat ou par un particulier, nantis ou non de privilèges spéciaux ; qualité incompatible avec leur nature uniformément de droit commun.

Donc, exerçant sur des biens communs des droits communs, l'Etat ne peut être vis-à-vis d'eux et par suite dans tous les rapports que créeront leur possession et leur administration, que dans la situation d'un particulier. La responsabilité de l'Etat sera-t-elle alors de droit commun, absolument ? Oui, sans réserves ; et c'est sur la démonstration rapide de cette règle que nous allons nous arrêter maintenant quelque peu. La séparation se fera ainsi plus nette entre l'exercice par l'Etat de la puissance publique et des droits privés.

La notion de l'Etat a existé de bonne heure, et presque en même temps ; dès l'empire romain, l'on aperçoit une distinction passagère, mais fort intéressante ; l'Empereur avait deux patrimoines : l'*ærarium*, ou budget de l'empereur ; le fisc ou budget particulier. Alimentés tous deux par les impôts, l'*ærarium* servait aux dépenses publiques ; le fisc aussi, d'ailleurs, lorsqu'il s'agissait d'acquérir les faveurs du peuple ; c'est ainsi que l'empereur faisait construire des routes et des aqueducs. Mais lorsque ces travaux, exécutés sur les ressources privées, causaient un dommage, l'*Empereur était responsable au même titre qu'un particulier* (1).

Cette distinction pourtant ne doit pas être rattachée, il nous semble, à la dualité de la personne morale de l'Etat ; elle est beaucoup plus dans la préoccupation de Mommsen que dans la réalité.

1. V. Mommsen, trad. Girard, *Histoire romaine*, I, 40.

Ce fut seulement du jour où la notion d'Etat se posa vigoureusement, où son existence légale juridique s'exprima par des manifestations réelles qu'il convint nécessairement de distinguer entre les actes faits dans l'exercice de la puissance publique, et ceux faits à l'occasion de la gestion du domaine privé, personnel de l'Etat-collectivité.

Il n'y a pas, quoi qu'ait voulu dire Rønne et Princker, en Allemagne, deux personnes distinctes agissant chacune dans leur sphère, ou même double personnalité — mais bien un seul être juridique, une seule volonté exprimant tantôt des actes de droit privé, tantôt des droits publics.

Malgré que nous ne nous soyons pas proposé d'analyser la personnalité privée de l'Etat, comme nous affirmons sa responsabilité de droit commun, aux termes du Code civil et de la même façon absolument que les êtres physiques du droit commun — différemment de la nature de la responsabilité de l'Etat, considéré comme personne publique, responsabilité d'équité, absolue en principe — il faut bien que nous donnions les arguments de notre affirmation.

Les actes de gestion se distinguent des actes d'autorité en ce qu'ils ne sont pas la manifestation ou l'exercice de la puissance publique ; aucun d'eux n'excède le domaine habituel des droits ordinaires du droit commun ; ils s'appliquent à des biens définis par le droit commun et sur lesquels s'exerce l'activité juridique des êtres du droit commun. Ils

contiennent ni injonction, ni prohibition, ni autorisation de police.

Quand un dommage sera causé par une faute de service, par l'accomplissement d'une fonction, par l'inexécution d'un contrat, le droit commun est d'accord avec l'équité pour exiger que l'Etat, soit auteur direct du préjudice commis par les « organes » de l'Etat, soit auteur indirect et responsable quand le préjudice aura été commis par un préposé inférieur — et dans le domaine privé, il semble que ce sera le plus souvent — doive réparer le préjudice subi et payer, à l'exclusion de tout autre, l'indemnité corrélative.

Il faudra la réalité d'un dommage appréciable et la preuve d'une faute génératrice de ce dommage.

Mais les représentants pourront être personnellement responsables quand ils auront excédé leurs fonctions, et qu'ils n'en seront pas restés fidèles à l'esprit même.

Telles ont été les règles qui ont été appliquées par un très grand nombre de décisions, reconnaissant l'Etat responsable soit des abordages occasionnés par la faute des commandants de ses navires (1) ; soit des dommages causés aux propriétés privées par les tirs des polygones (2) ; soit des accidents causés

1. Cons. d'Etat, 15 février 1872, Valéry ; 15 avril 1873, Maurel (D. 73. 3. 37) ; 25 avril 1890, Johusen (D. 91. 3. 103) ; 27 juillet 1894, Dixon (D. 95. 3. 64).

2. Cons. d'Etat, 7 juillet 1893, Jamonet (S. 95. 3. 61) ; 17 juillet 1896, de Pins (D. 97. 3. 72).

par des militaires en service (1) ; soit du préjudice subi par la perte d'un dossier de revision confié à l'administration (2) ; soit du dommage résultant d'une erreur dans la vérification des bons du Trésor (3) ; soit à l'occasion d'accidents survenus dans la construction ou l'entretien d'ouvrages publics, etc. (4).

La nécessité d'une faute de l'Etat ou de son représentant a été reconnue toujours ; et l'on rencontre quantité de décisions qui ont rejeté les actions en indemnité dirigées contre l'Etat dans les cas où aucune faute ne lui était imputable (5).

Enfin le Conseil d'Etat rejette les actions en cas de faute personnelle du préposé, et joint aux errements de base du chiffre de l'indemnité la faute de la victime quand elle existe à celle de l'Etat ou de son représentant (6).

La jurisprudence a reconnu de bonne heure que lorsqu'un service public est installé dans un immeuble loué par l'administration, c'est à l'autorité judi-

1. Cons. d'Etat, 23 février 1881, Desvoves (D. 82. 3. 83) ; 6 décembre 1895, Chenal (D. 97. 3. 3).

2. Cons. d'Etat, 20 juillet 1884, Moutte (D. 85. 3. 125).

3. Cons. d'Etat, 12 juillet 1882, Cordier (D. 84. 3. 9).

4. Cons. d'Etat, 22 juin 1882, Turnbull (D. 84. 3. 29) ; 1^{er} juillet 1892 Saccara (S. 94. 3. 59) ; 15 juin 1894, Murray (D. 95. 3. 48).

5. Cons. d'Etat, 21 février 1879, de Combiens, Leb. 162 ; 7 janvier 1882, Carlier et Lefèvre, Leb. 647, etc.

6. Cons. d'Etat, 19 mars 1875, Fenaille (D. 75. 3. 109). Ainsi que le constate M. Roger *op. cit.*, p. 51 et qui qu'en dise M. Michoud (*op. cit.*, n. 23), cet arrêt constate que la faute a été commise en dehors de tout service. Cons. d'Etat, 21 mai 1879, Marcel (Leb. 1. 241) ; 27 juillet 1883, de Suremain (D. 85. 3. 28).

ciaire qu'il appartient de connaître des difficultés qui peuvent s'élever au sujet du bail et de ses conséquences.

Trib., conflits, 23 mai 1851.

Cons. d'Etat, 8 juin 1854. D. 54. 3.84 : « Considérant que les conventions arrêtées entre l'administration de la marine du port de Toulon et la dame veuve Saurin, propriétaire d'une maison sise dans ladite ville, constituent non un marché de fournitures mais un bail de ladite maison, bail consenti sous les règles ordinaires du Code civil..., que c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de faire droit sur des difficultés qui peuvent s'élever entre les parties, soit relativement à l'interprétation dudit acte, soit relativement à l'effet des obligations qui en résultent ; que les compétences sont d'ordre public...

Ainsi, la jurisprudence affirme que lorsqu'il s'agit de gestion, de l'accomplissement des droits privés, il faut admettre que l'Etat exerce ces droits de la même façon qu'un simple particulier. Il est inutile de rappeler la garantie complète que présente ce principe dans son application.

La règle est nettement établie. Le Code civil régit l'Etat, dans ses manifestations d'ordre privé, de gestion, les tribunaux judiciaires seront en principe compétents (1).

1. Des lois pourront établir une compétence spéciale, et c'est ce que nous verrons ; mais il ne faut pas en exprimer la confusion commune que le législateur admet le principe de la responsabilité de l'Etat lorsqu'il définit une compétence. Il crée bien plutôt des

Nous le répétons, ce qui a jeté trop longtemps le doute sur la question c'est la confusion que créaient la Cour de cassation et le Conseil d'Etat qui mettaient une question d'amour propre à s'arracher la compétence en la matière. « Les tribunaux administratifs seuls, disait le Conseil d'Etat, peuvent, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, déclarer l'Etat débiteur. Il ne peut donc s'agir d'appliquer les principes du Code civil ». Et la Cour de cassation réclamait au contraire la connaissance des affaires où l'Etat contractait avec les particuliers mais beaucoup plus par accaparement de compétence que pour le principe auquel nous faisons allusion. De là ces juridictions se lancèrent dans des distinctions de *dommage permanent* et de *dommage temporaire*, se partageant, en fin de compte, le terrain qu'ils revendiquaient et créant la théorie de la *voie de fait* (1).

Il n'y a pas là une question de compétence du moins principalement; les tribunaux administratifs peuvent très bien appliquer le droit civil comme les tribunaux français appliquent en France le droit turc avec la distribution successorale.

Il s'agit beaucoup plus de savoir que l'Etat est res-

exceptions de compétence, mais le principe demeure d'une responsabilité de droit commun.

1. L'application de la théorie de la *voie de fait* fut d'ailleurs la cause d'un phénomène assez curieux : reconnaissant aux tribunaux judiciaires le pouvoir d'apprécier en cas de dépossession le préjudice causé par l'Etat, de fixer le chiffre de dommages intérêts, on leur refusait de déclarer la responsabilité de l'Etat (Cons. d'Etat, 8 février 1873, Dugave).

ponsable et dans quelle mesure il l'est. Eh bien, l'Etat est responsable *comme* un particulier lorsqu'il agit dans la mesure des droits d'un particulier. C'est une règle absolue.

Si l'on analyse les différentes décisions du Conseil d'Etat et de la Cour, l'on peut apercevoir le principe même d'une responsabilité certaine, absolument pareille à celle d'un particulier, mais les tribunaux administratifs ne parlaient pas des articles du Code civil.

Cons. d'Et., 5 déc. 1879, Laumonnier-Carriol, Leb. 768; De Plazannet, 1877, 261.

M. David, commissaire du gouvernement, dans un rapport fort clair, fait admirablement la distinction : quand l'Etat propriétaire, contractant, agit comme tel, il est justiciable des tribunaux civils; lisez : des termes du droit commun, car on conçoit très bien, nous le répétons, que les tribunaux administratifs sont plus habiles à concevoir, à interpréter les différentes manifestations des services publics. Si bien que nous arrivons à ce résultat théorique très important :

Comme le pose la jurisprudence des deux grandes juridictions enfin d'accord (1), il semble que la compétence administrative puisse être la règle parce que les tribunaux administratifs sont mieux qualifiés — on pourrait dire eu égard à la loi de séparation des

1. La Cour de cassation se rangeait à l'avis du Conseil d'Etat par un arrêt du 6 avril 1864 (Deskeister, Leb. 672). Rapport de M. Boulatignier.

pouvoirs — sont seuls qualifiés pour interpréter un acte administratif; mais il n'est nullement incompatible avec leur caractère d'appliquer les principes du Code civil, lorsque l'Etat doit y être soumis comme ayant agi au même titre qu'un particulier.

Telle nous semble être la règle absolue et logique.

A cette règle, le législateur a pu en substituer d'autres et il l'a fait en réalité, à l'occasion de certains services spéciaux. Et à ce sujet, un peu en dehors de notre thème principal, mais parce que nous y rencontrons le développement récent de discussions actuelles, nous voudrions dire quelques mots de la législation postale quant à la responsabilité qu'elle engendre.

L'administration des P. T. T. (postes, télégraphes, téléphones) comprend, à côté d'industries monopolisées (factage de la correspondance), d'autres qui ne le sont pas, comme le transport des colis postaux, et dans l'exercice desquels l'Etat remplit le rôle d'entrepreneur privé. Quel est alors le sort des employés de ces dernières entreprises? Sont-ils fonctionnaires publics? Quels tribunaux jugeront leurs rapports avec l'Etat qui les emploie? Pour être logique, il faudrait dire qu'aux termes de la loi, lorsque l'Etat agit comme entrepreneur privé, il est justiciable des tribunaux civils. Pourtant, la jurisprudence — constatant que les agents employés dans les derniers services sont les mêmes que ceux employés dans les premiers, et qu'on ne peut logiquement attribuer pour des faits de fonction la compétence

tantôt aux tribunaux civils, tantôt aux tribunaux administratifs — a rapidement admis (malgré l'avis contraire de la Cour de cassation, appuyée par M. le président Troplong) (1) la compétence administrative à l'exclusion de toute autre.

Il est curieux de noter que ce mouvement allait en sens inverse de celui suscité par le législateur qui étendait de plus en plus la compétence judiciaire, et accomplissait ainsi ce phénomène bizarre que sous forme d'exception il affirmait gratuitement la personnalité civile de l'Etat, gérant du patrimoine privé. C'est ainsi que l'on trouve les lois du 4 juin 1859, sur la perte des valeurs déclarées; du 20 juillet 1892, sur celle des lettres, échantillons, journaux et objets recommandés; du 12 juillet 1905, sur les juges de paix où il leur attribue compétence « en matière de contestations entre l'administration et les expéditeurs ou destinataires, relatives à l'indemnité afférente à l'avarie, perte ou détournement d'un colis postal continental intérieur ainsi que du retard apporté à sa livraison ». Par suite d'une inconséquence curieuse — puisque la jurisprudence se maintient dans la matière, administrative en principe — les tribunaux administratifs resteront compétents au sujet des colis postaux du service international!

La responsabilité civile et directe de l'Etat a été, par la loi du 20 juillet 1899, substituée à celle des membres de l'enseignement public. L'Etat seul peut

1. 5 août 1870, *Gazette des tribunaux* du 7 août.

être poursuivi en réparation d'un dommage quelconque que les instituteurs auraient laissé commettre aux élèves qui leur sont confiés. Cette responsabilité est basée sur une présomption de faute, combattable par la preuve contraire (art. 1384 *in fine*).

Il n'y a donc pas lieu de distinguer ici entre la faute légère et la faute lourde entre les tiers et l'Etat ; mais dans le dernier cas, l'Etat pourra toujours se retourner contre l'instituteur pour se faire indemniser par lui (1).

Enfin la loi du 9 avril 1898 et celles qui l'ont complétée (1902-1905) concernant la responsabilité des accidents survenus en quelque circonstance que ce soit, aux ouvriers, à l'occasion de leur travail, créant ce qu'on a appelé le risque professionnel, vise l'Etat au même titre que les industriels, et englobe en même temps certaines industries de particuliers ou d'Etat, indifféremment (1). La responsabilité de l'Etat y est donc engagée en l'absence de toute faute.

Bref, à part les exceptions qui enlèvent au droit commun l'application des actes de l'Etat agissant comme personne privée, nous pouvons dire comme *une* personne privée, tous ces actes sont du ressort du droit commun. La responsabilité, née à leur occasion est absolue et de droit civil. Il ne faut pas considérer l'Etat, dans l'exercice de ses droits de ges-

1. Rapport de M. Samory du 4 mars 1898 *Journ off.*, Annexes, Ch. des députés, n.° 3096 C'est d'ailleurs à cette condition que le Sénat a voté la loi de 1899 après une discussion assez pénible.

tion, comme une personne publique, mais seulement l'ensemble des manifestations de gestion comme englobé dans le domaine juridique habituel des êtres et des volontés juridiques, comme dépendantes de lui, comme soumise à l'exception des cas spécialement prévus par le législateur. à la législation ordinaire du droit commun.

La responsabilité de l'Etat, agissant comme personne privée, est absolue et de droit commun. Ce n'est pas d'ailleurs l'objet de larges discussions dans la doctrine : le principe est certain. Il était intéressant de le rappeler.

CONCLUSION

Il ne peut être question de responsabilité qu'en face de tiers, personnes du droit privé.

Nous admettons la responsabilité de droit commun, née des articles 1382 et suivants du Code civil, avec toutes ses conditions de dommage et de faute, toutes ses conséquences, pour l'Etat dans l'exercice de sa fonction privée. Qu'il soit organisme réel, ou volonté légale, ses actes sont identiquement ceux que font les personnes privées du droit commun ; il se rencontre avec celles-ci sur un terrain de droit commun ; et, dans les conditions nécessaires d'égalité qui sont la raison d'être des contrats, il est traité pareillement ; il n'en peut être qu'ainsi. La responsabilité directe de l'article 1382 sera engendrée par les actes de ses fonctionnaires directs — l'Etat est un organisme dont les fonctionnaires sont les organes — et celle des articles 1384 et suivants par les faits de ses auxiliaires préposés, vis-à-vis desquels il est exactement dans la situation du commettant.

Mais l'Etat n'étant plus, dans l'exercice de sa fonction publique — de par la volonté collective, celle des parties eux-mêmes, des tiers qui réclament la

responsabilité — dans une situation d'égalité vis-à-vis de ces tiers, n'étant pas souverain non plus, mais nanti d'obligations et de droits exorbitants du droit commun, nous affirmons que ses faits engendrent une responsabilité de principe, dont aucun article du Code ne vient resserrer l'application qui doit être aussi largement conçue que le principe lui-même.

La responsabilité, en équité, en raison, n'est pas fatalement issue d'une faute ou d'une négligence. Il suffit qu'il y ait un dommage dont la cause est l'existence même de l'être réel ou moral responsable.

A l'encontre de doctrines et de jurisprudences étrangères qui étendent à l'Etat, puissance publique, l'application du droit privé (1), nous ne voulons pas voir appliquées à l'Etat les règles du droit privé, puisqu'il les déborde par sa nature et sa fonction. Et nous voudrions que la jurisprudence, qui peut plus faire que le législateur, apprécie dans chaque espèce le dommage causé et la réparation à intervenir.

Mais il ne faudra jamais oublier que la responsabilité ne peut naître que d'un acte d'Etat; et que dans les cas où le fonctionnaire organe sera sorti de ses fonctions, en vue desquelles seulement il a été créé, la responsabilité devient celle du fonctionnaire personne réelle juridique, qu'il y a faute certaine, et que contre lui le droit commun sera invoquable.

N'est-ce pas là le summum de garanties pour le

1. Löning, *op. cit.*, p. 77 et suiv. ; Saleilles, p. 364 ; Bertolini, 1890, p. 235 ; Michoud, *op. cit.*, n. 33 ; Dalloz, 1892. 2. 514.

citoyen, pour la collectivité, pour le fonctionnaire ? Une trop grande responsabilité du fonctionnaire éteint son activité ; elle existera toujours, mais dans un nombre restreint de cas, et il sera toujours loisible aux fonctionnaires de ne jamais l'encourir.

La tendance est de plus en plus marquée vers cette responsabilité générale. La volonté de l'Etat est et doit être quelque chose d'intelligent et de raisonné. Et cette responsabilité est la plus juste contre-partie des droits spéciaux qu'on doit donner à l'Etat dans l'intérêt général. C'est la proclamation du droit de l'individu de plus en plus réel et indiscutable.

Que cette affirmation en soit faite par les tribunaux. La variété des espèces leur permet plus qu'au législateur de diriger sainement l'application de notre principe, afin de le dégager de toutes les difficultés traditionnelles qu'il rencontre encore : et le législateur suivra ; il l'a déjà manifesté.

Il faut que le droit marche avec le progrès ; que la législation ne soit que l'enchaînement des principes extraits par les tribunaux et l'examen des espèces et posés par eux dans leur interprétation. Et c'est surtout l'œuvre des tribunaux français qui ont toujours montré dans leur souplesse et dans leurs facultés libérales d'admirables ressources de compréhension pour mettre d'accord les lois qui passent et les nécessités qui changent. Elle ne leur sera pas un moindre titre de gloire que d'avoir enlevé la notion de l'Etat à son atmosphère irréaliste d'irresponsabilité.

VU :

Le Président de la thèse,

F. LARNAUDE.

VU :

Le Doyen de la Faculté des Lettres,

CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

Auteurs français

- LÉON Aucoc. — Conférences sur l'administration et le droit administratif, 2^e édit. Dunod, Paris, 1878.
- BATBIE. — Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 2^e édit., 1885.
- BÉQUET et DUPRÉ. — Répertoire du droit administratif.
- BERTHELEMY. — Traité élémentaire de droit administratif. Paris, Rousseau, 2^e édit., 1902.
- Les poursuites contre les fonctionnaires. Paris, 1898.
- CHANTE, GRELLET et PICHAT. — Des fonctionnaires publics. Paris, Dupont.
- CHAUVEAU. — Principes de compétence et juridiction administrative. Paris, 1841, 1844.
- DARESTE. — La juridiction administrative en France, 2^e édit. Paris, 1898.
- TH. DUCROCQ. — Droit administratif, 7^e édit., 1905.
- DUGUIT. — L'Etat, les gouvernants, les agents. Paris, Fontemoing, 1903.
- ESMEIN. — Précis d'histoire du droit public, 5^e édit., 1903.
- Eléments de droit constitutionnel, 4^e édit., 1906.
- GUERLIN (ROB.). — L'Etat moderne et ses fonctions (Analyse d'un ouvrage de M. Paul Leroy-Beaulieu). Amiens, Jeunet, 1901.
- HAURIOL. — Précis de droit administratif, 6^e éd., 1906.
- HURRISSSEL. — Compétence administrative ou judiciaire en matière de dommages causés par l'exécution de travaux publics. *Thèse*, Paris, 1880.
- LAFERRIÈRE. — Cours de droit administratif.
- LAFONT DE LADEBAT. — Recueil de principes de droit administratif.

- LEFOURNIER. — De la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique à l'égard des tiers. Paris, 1894.
- MICHOUD. — De la responsabilité de l'Etat et des communes (*Revue de droit public*, 1895, III, p. 101 et sq.).
- H. MICHEL. — L'idée de l'Etat, 3^e édit. Paris, Michel, 1898.
- NÉZARD. — Théorie juridique de la fonction publique. *Thèse*, Paris.
- L. PERRIOUET. — Contrats de l'Etat, 2^e édit. Paris, 1890.
- PICOT. — De la responsabilité de l'Etat du fait de ses préposés. *Thèse*, Paris, 21 juin 1900. Paris, Rousseau, 1900.
- DE RÉCY. — Traité du domaine public. Paul Dupont, Paris, 1893.
- HENRI RIPERT. — L'exercice des droits et la responsabilité civile. Pichon, Paris, 1906.
- LOUIS ROGER. — De la responsabilité civile de l'Etat. *Thèse*, Paris, Rousseau, 1900.
- SOURDAT. — Traité de la responsabilité, 5^e édit., 1902.
- TEISSIER. — La responsabilité de la puissance publique. Paul Dupont, Paris, 1906.
- Tous recueils de lois et jurisprudence.

Auteurs étrangers

- X. S. COMBOTHECRA. — La conception juridique de l'Etat. Paris, Larose, 1899.
- FIGURE. — Personnalité civile de l'Etat (Extrait de la *Revue générale de droit international public*, 1894).
- GIERKE (OTTO). — Die grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. Tübingen, 1874.
- JELLINEK. — L'élément juridique dans la science de l'Etat et la méthode juridique (Trad. Pardio et Bourgoing-Dumonteil. Paris, Fontemoing, 1903).
- MEUCCI. — Della Responsabilità indiretta delle amministrazioni pubbliche (*Archivio giuridico*, t. XXI, p. 341).
- PAWLOWSKI (P. DE). — Sociologie naturelle. Une définition de l'Etat. Paris, Giard, 1877.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	4
INTRODUCTION.	3
Définitions de l'Etat. L'Etat organisme L'Etat personne civile. — Les agents de l'Etat :	3

PREMIÈRE PARTIE

La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir exécutif

CHAPITRE I. — Souveraineté de l'Etat. Délégation Actes de gouvernement ; distinction ; inutilité de cette théorie. Irresponsabilité de l'Etat. Immunité de la Couronne anglaise ; solutions différentes en présence des Courts colo- niales	15
CHAPITRE II. — § 1. Administration proprement dite. Action de l'Etat ; ses organes. Principe d'une responsabilité. — § 2. Différentes théories sur la nature de la responsabi- lité : A. Théories civilistes ; B. Théorie de la responsabi- lité contractuelle ; C. Théorie de l'assurance ; D. Théorie du risque étatique. — § 3. Essai d'une théorie naturelle.	35

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir législatif. Principe actuel d'irresponsabilité ; son fondement. Obligation morale d'une responsabilité. La loi sur la céruse	67
--	----

	Pages
CHAPITRE II. — La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir judiciaire. Loi du 8 juin 1893 sur la revision .	94
APPENDICE. — L'Etat, personne privée. Gestion. Domaine privé. Responsabilité de droit commun	101
CONCLUSION	113
BIBLIOGRAPHIE	117

